

UNIVERSITETET I BERGEN

Domstolenes uavhengighet

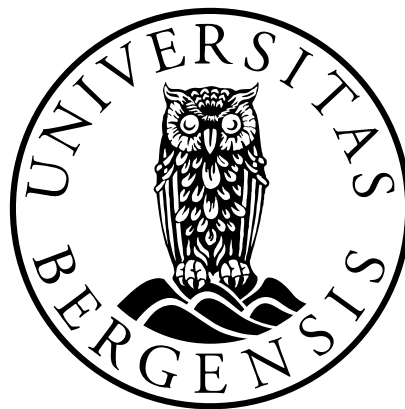
-en komparativ studie av domstolenes
uavhengighet i Norge og England i lys av EMK
artikkel 6 nr. 1.

Kandidatnummer: 187173

Veileder: Eirik Holmøyvik

Antall ord: 37200

60 studiepoeng



JUS398 Masteroppgave, Det Juridiske Fakultet, Bergen.

Innhold.

Kapittel 1 Innledning.	3
1.1 Tema	3
1.2 Aktualitet	4
1.3 Metode og kildebruk.....	5
Kapittel 2 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon artikkel 6	
nr. 1.	7
2.1 Innledning	7
2.2. Anvendelsesområdet.....	8
2.2.1 Borgerlige rettigheter og plikter.....	9
2.2.2 Straffesiktelse.....	11
2.3 Et uavhengig tribunal opprettet ved lov.	13
2.3.1 Innledning	13
2.3.2 Tribunal opprettet ved lov.....	13
2.3.3 Uavhengig.	15
2.3.4 Særtribunaler og etterfølgende kontroll.	26
2.4 Oppsummering og veien videre.....	27
Kapittel 3 Engelsk rett.	28
3.1 Innledning	28
3.2 Prinsippet om domstolenes uavhengighet i England.	29
3.3 Det engelske rettssystemet.....	34
3.3.1 Domstolene.	34
3.3.2 Tribunaler.....	35
3.4 Domstolsreform.	37
3.5 Domstolenes uavhengighet i England.	38

3.5.1 De enkelte momenter ved kravet til domstolenes uavhengighet.....	38
3.6 Oppsummering.	51
Kapittel 4 Norsk rett.....	52
4.1 Innledning.....	52
4.2 Prinsippet om domstolenes uavhengighet i Norge.	53
4.3 Organisasjonen av domstolene i det norske rettssystemet.....	55
4.3.1 Domstolene og domstollignende organer.	55
4.4 Domstolsreform.	62
4.5 Domstolenes uavhengighet i Norge.....	66
4.5.1 Dommerutnevnelser.	67
4.5.2 Garantier mot ytre påvirkningsfaktorer.	81
4.6 Oppsummering.	105
5. Komparasjon.	106
6. Kilder.....	114
6.1 Litteratur.	114
6.2 Lov og forarbeider.	116
6.2.1 Lover og forskrifter.....	116
6.2.2 Forarbeider.....	117
6.2.3 Stortingsdokumenter.	118
6.2.4 Britisk lovgivning	118
6.3 Rettspraksis.....	118

Kapittel 1 Innledning.

1.1 Tema

Temaet for denne undersøkelsen er domstolenes uavhengighet. Problemstillingen er nærmere bestemt: Hvilke krav til domstolenes uavhengighet følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 nummer 1, og hvordan er dette ivaretatt i norsk og engelsk rett? Som ledd i denne problemstillingen tar undersøkelsen også sikte på å finne ut om inkorporasjonen av EMK i nasjonal rett hadde en innvirkning på domstolenes uavhengighet i Norge og England.

Prinsippet om at domstolene skal være uavhengige av de øvrige statsmaktene og andre er nært knyttet til maktfordelingsprinsippet og rettstaten. Domstolenes uavhengighet blir ofte brukt som honnørord, og som forsvar mot innblanding i domstolenes affærer. Men hva innebærer egentlig dette prinsippet; hva betyr det konkret at domstolene skal være uavhengige?

Prinsippet om at domstolene skal være uavhengige har to sider; funksjonell og institusjonell uavhengighet. Dette må avklares nærmere.

Funksjonell uavhengighet viser til at dommeren skal være uavhengig i sin dømmende gjerning. Dette er siktemålet for prinsippet om domstolenes uavhengighet, men det er vanskelig «å måle» i praksis. Denne del av prinsippet kan formuleres som at dommeren ved utførelsen av den dømmende funksjon, skal være uten binding eller påvirkning fra annet enn det som er nødvendig for utførelsen. Sagt på et annet vis; når dommeren sitter på dommerkammeret og skal skrive dom i den enkelte sak, skal han fritt kunne gjøre dette utelukkende på grunnlag av nasjonalt anerkjente rettskilder anvendt på de fakta han finner bevist i saken. Felles for de anerkjente rettskildene er at de er egnet til å skape forutberegnelighet for borgerne og oppfyller de legalitetskrav nasjonal og internasjonal rett har foreskrevet. Den funksjonelle uavhengighet har en naturlig side til upartiskhet, men favner videre. En dommer kan være upartisk uten å være uavhengig, for eksempel hvor staten har en avledet interesse i en sak uten å være part, og dommeren føler seg bundet av statens oppfatning utover det som følger av naturlig tolkning av maktfordelingen mellom statsmaktene. Upartiskhet gjelder i hovedsak forholdet til den konkrete sakens parter, mens uavhengighet gjelder forholdet til enhver, og da særlig de øvrige statsmaktene.

Den funksjonelle uavhengighet er som nevnt vanskelig «å måle»; man kan ikke tre inn i dommerens sinn for å se hva som tippet vektskålen i det enkelte tilfellet, og manglende uavhengighet kan få så subtile uttrykk at man heller ikke kan påvise det ved å undersøke dommerens avgjørelser.

Institusjonell uavhengighet kan ses som et middel for å nå målet om funksjonell uavhengighet. Ved å foreta institusjonelle grep kan man legge til rette for at dommeren kan utføre sin dommergjerning uavhengig av ytre faktorer. Det er også lettere «å måle» den institusjonelle uavhengighet, ved å undersøke den ytre rammen for domstolenes og dommernes virksomhet. Når vi kommer til redegjørelsen av Den europeiske menneskerettsdomstols praksis på dette området vil vi se at det nettopp er slike ytre rammer man har undersøkt, og da med henblikk på om de gir den klagende part og samfunnet generelt en reell trygghet for at domstolene er uavhengige. Det er den institusjonelle uavhengighet som er tema for denne undersøkelsen. Det er viktig gjennom hele den følgende fremstillingen å ha klart for seg at de institusjonelle krav som stilles er middel for å nå målet om at dommeren skal kunne utføre sin dømmende gjerning på uavhengig grunnlag.

Ved vurderingen av prinsippet om domstolenes uavhengighet har fokuset lenge vært på den funksjonelle siden ved prinsippet. Blant annet kan Grunnloven av 1814 § 88, som fastslår at Høyesterett dømmer i siste instans, ses som et utslag av funksjonsfordelingen mellom statsmaktene. På begynnelsen av 2000-tallet gjennomførte man omfattende reformer av domstolsystemet i både England og Norge, hvor siktemålet var å styrke den institusjonelle uavhengighet. Derved har det skjedd en dreining fra å fokusere på funksjonalitet til å fokusere på det institusjonelle rammeverket for domstolens virksomhet. I denne undersøkelsen skal vi se nærmere på hva som foranlediget disse reformene, hva de konkret innebar og hvilke hensyn man la vekt på. Vi skal dessuten se at tilnærmingen til EMK art. 6 var ulik ved de to reformarbeidene, og jeg skal stipulere en mulig årsak til det.

1.2 Aktualitet

Temaet jeg har valgt for denne undersøkelsen er i vinden. Da Dommerforeningen markerte 100-års jubileum i 2012 ga den ut en antologi med domstolenes og dommernes uavhengighet

som overordnet tema.¹ Vi så i 2012 også viktigheten av uavhengige domstoler i praksis; rettsaken etter 22. juli 2011 foregikk med hele Norge og verden som tilskuere og demonstrerte den fundamentale betydningen av rettssikkerhet i et demokratisk samfunn. En horribel hendelse som vi så 22. juli 2011 kan sette følelser og sinne i kok, og kan lett føre til at man tilsidesetter de grunnleggende rettssikkerhetsprinsippene til fordel for hevnaksjon og gatejustis. Da dommer Arntzen avsa dom på Norges høyest mulige straff i 22. juli-saken var det etter at dommerne hadde vurdert bevisene og loven, ikke etter press fra de øvrige statsmakter eller andre. Og slik press ble heller ikke ytet. Under saksgangen i Oslo Tingrett hørte man gjentatte ganger at norske politikere proklamerte tiltro til rettssystemet og at man ikke ville uttale seg om saken så lenge den pågikk for domstolen. Dette kan tyde på at man har respekt for prinsippet om domstolenes uavhengighet i Norge.

Til tross for at prinsippet om domstolenes uavhengighet kan spores langt tilbake i norsk rettshistorie, er det skrevet lite prinsipielt om *hva* prinsippet innebærer.² Det er et av siktemålene med denne undersøkelsen.

1.3 Metode og kildebruk

For å besvare undersøkelsens problemstilling har jeg anvendt den funksjonelle metode. Denne metode innen komparativ rett innebærer at man frigjør seg fra formelle begrep og strukturer, og ser på hvilke funksjoner som fører til et gitt resultat.³ Presumsjonen er nødvendigvis at resultatet er det samme i de to system som sammenlignes, selv om veien til målet kan være ulik.⁴

Siden Den europeiske menneskerettighetskonvensjon er gjeldende rett i både England og Norge, og oppstiller en rett for «enhver» til å få sin sak avgjort av en uavhengig domstol, utgjør EMK art. 6 nr. 1 en naturlig «overbygning» for problemstillingen. Den metodiske

¹ Engstad, Frøseth og Tønder (Red.), (2012) *Dommernes uavhengighet: Den norske dommerforening 100 år*.

² Se for eksempel *Andenæs/Fliflet (2006)* som omtaler prinsippet på s. 207-208, eller *Castberg (1964)* som behandler prinsippet på s. 153-154. *Aschehoug (1893)* vier riktignok over 100 sider til den dømmende makt, men ca 10-15 sider gjelder selve prinsippet om domstolenes uavhengighet. Se for øvrig *Smith (2012)* hovedsakelig s. 338-339.

³ *Zweigert og Kötz (1998)* s. 34-36.

⁴ *Ibid.*

utfordring blir derfor å utlede hvilke krav som følger av EMK art.6 nr.1 til uavhengige domstoler, hovedsakelig på grunnlag av EMD-praksis, for derved å undersøke hvordan disse kravene er ivaretatt i henholdsvis Norge og England. Siden kravet til domstolenes uavhengighet ikke er en gitt størrelse eller et konkret resultat, men kan ha ulike grader av oppfyllelse, er siktemålet delvis å se hvordan England og Norge har søkt å oppfylle kravene og delvis i hvilken grad det har lyktes.

Jeg har valgt å sammenligne norsk rett med engelsk rett av flere grunner. For det første tilhører engelsk rett en nokså ulik rettstradisjon enn norsk rett. Den engelske retten har utviklet seg gradvis gjennom veldig lang tid, og uten betydelig grad av resepsjon av andre lands rett.⁵ Den norske retten har også røtter langt tilbake i tid, men har i større grad blitt påvirket av andre lands rett, og da særlig dansk og tysk rett, men også annen kontinental rett.⁶ Den engelske retten har i tillegg vært eksportvare til alle verdenshjørner, hovedsakelig via det britiske imperiet i kolonitiden. Det er derfor interessant å se hvordan disse to rettstradisjonene har tatt til seg det felles europeiske regelverket om menneskerettighetene, fordi forutsetningene og tradisjonen ser ut til å være nokså ulike. For det andre valgte jeg å sammenligne med engelsk rett fordi det ikke er vanlig å gjøre det i norsk juridisk teori. Som regel velger man å sammenligne med Sverige, Danmark og kanskje Island, fordi dette er rettssystemer og -kulturer som ligner det norske.⁷ I dette tilfellet, hvor man har et felles normativt grunnlag, kan det likevel være vel så mye å hente fra et system som *ikke* ligner det norske. Særlig når det gjelder et så grunnleggende prinsipp som domstolenes uavhengighet, er det interessant å se hvordan to ulike rettskulturer har ivaretatt prinsippet. Det faktum at Norge har en skreven grunnlov, mens Storbritannias forfatning bygger på uskrevne sedvaner og prinsipper er et viktig poeng her, da det kan virke inn på hvordan statene gjennomfører og ivaretar prinsippet om domstolenes uavhengighet. Det er også mulig at problemet blir satt mer på spissen når man håndterer to ulike systemer, og at argumentasjonen i systemene kan komplimentere hverandre i stedet for å bekrefte hverandre.

⁵ Se *Lando (2004)*, s. 88-108 og note 115.

⁶ Se f.eks. *Sunde (2005)*, s.105-106 om resepsjon av romersk rett allerede på 1200-tallet, samt s. 322 flg. om tysk retts innflytelse på norsk rett via Danmark fra 1500-tallet.

⁷ Det har også pågått et nordisk lovsamarbeid gjennom 1900-tallet, iverksatt med veksellovene i 1880, se f.eks. *Strömholm (1988)*, s. 201-214.

Rettskildebruken er tilpasset de ulike drøftingstemaene. Det første jeg skal undersøke er hvilke krav som følger av EMK art. 6 nr. 1 i kapittel 2. Der har jeg i all hovedsak støttet meg til rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol, samt noe juridisk teori. I kapittel 3 skal jeg redegjøre for engelsk rett og der har jeg sett hen til engelsk juridisk litteratur, og delvis også engelsk lovgivning. Valget av juridisk litteratur som hovedkilde i engelsk rett er begrunnet i at jeg, som utenforstående, ikke har forutsetninger for å forstå nyansene i det engelske rettssystemet utelukkende ved å se til lov og andre rettskilder. Deretter skal jeg gjennomgå norsk rett i kapittel 4. I norsk rett har jeg anvendt tre klassiske rettskilder; lov, rettspraksis og forarbeider, men også her har juridisk litteratur blitt anvendt, særlig for å belyse historiske utviklingstrekk. Til slutt vil funnene fra engelsk og norsk rett sammenstilles i et avsluttende komparasjonskapittel 5.

Kapittel 2 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon artikkel 6 nr. 1.

2.1 Innledning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) trådte i kraft i 1953, etter den var ratifisert av åtte land, deriblant Norge og Storbritannia.⁸ Konvensjonen skiller seg fra andre menneskerettsskonvensjoner ved at både stater og enkeltindivider kan få prøvet ved Den europeiske menneskerettighetsdomstol i Strasbourg (EMD eller Domstolen) om en konvensjonsrettighet er krenket.⁹ Gjennom 60 år har EMD tolket og videreutviklet konvensjonen, som anses som «*a living instrument*».¹⁰ Siden opprettelsen har EMD avsagt mer enn 10 000 dommer, og disse er bindende for den stat som er part i saken.¹¹

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon inneholder i del 1 en rettighetskatalog. I EMK artikkel 6 er det nedfelt en rekke grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som gjelder under

⁸ Janis, Kay og Bradley (2000), s. 3 note 1

⁹ Se Ovey & White s. 8-11. Sml. FNs Menneskerettighetserklæring, som ikke er rettslig bindende, men blir ansett som folkerettslig sedvanerett, se Aall (2011) s. 24.

¹⁰ Aall (2011) s. 37

¹¹ <http://hub.coe.int/web/coe-portal/what-we-do/human-rights/european-court-of-human-rights>

saksprosessen for de nasjonale domstoler. Disse rettssikkerhetsgarantiene kan prøves for EMD på selvstendig grunnlag. Retten til å få sin sak avgjort av en uavhengig domstol følger av EMK artikkel 6 nr. 1:

«...*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law...*»

En forutsetning for å påberope krenkelse av retten til å få saken avgjort av en uavhengig domstol, er at saken det gjelder materielt sett faller innenfor *anvendelsesområdet* for EMK art. 6 nr. 1. Dette er det første EMD vurderer. Deretter blir det et spørsmål om den nasjonale domstolen som avgjorde saken oppfylte kravene til «*tribunal established by law*». Til slutt vurderer EMD om kravet til «*independence*» var oppfylt. Jeg vil følge den samme fremgangsmåte i den følgende fremstillingen.

2.2. Anvendelsesområdet.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 6 nr.1 er begrenset til å gjelde «...*civil rights and obligations or of any criminal charge...*», og det første vi må undersøke er hvilke saker dette omfatter. Det er kun ved behandling av disse sakene man har en konvensjonsfestet rett til å få saken avgjort av en uavhengig domstol. Under punkt 2.3.2 vil vi se at anvendelsesområdet også virker inn på *hvilke organer* som må oppfylle uavhengighetskravet. Det skal nevnes at det oppstår mange delproblemer ved disse vurderingene, og jeg vil derfor begrense redegjørelsen til det som er mest aktuelt for temaet for denne undersøkelsen. Det blir således ingen uttømmende redegjørelse av problematikken rundt anvendelsesområdet for artikkel 6 generelt.

Det er først og fremst viktig å påpeke at begrepene i EMK er autonome, se blant annet *Neumeister* hvor EMD uttaler at begrepet «*criminal charge*» må tolkes «*within the meaning of the Convention*».¹² Dette innebærer at det ikke er opp til hver enkelt stat å avgjøre hvilke saker som faller innenfor (eller heller; utenfor) anvendelsesområdet til EMK art 6 nr. 1, for eksempel ved å kalle noe for disiplinærtiltak i stedet for straff.¹³ Gjennom sin praksis har

¹² *Neumeister mot Østerrike* 27. juni 1968, side 37 para 18.

¹³ Slik staten forsøkte i *Engel mfl mot Nederland* 8. juni 1976.

EMD fastsatt retningslinjer for vurderingen av hvorvidt noe faller innenfor de autonome begrepene «*criminal charge*» og «*civil rights and obligations*».

2.2.1 Borgerlige rettigheter og plikter.

Noen saker faller etter ordlyden klart nok innenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1 «*civil rights and obligations*», og det er saker mellom to private parter, eller det offentlige og en privat part med privatrettslig preg.¹⁴ Det som har skapt usikkerhet i praksis er saker om offentlig myndighetsutøvelse overfor borgeren. Dette er saker med et offentligrettslig preg («*administrative/public law*»), og som etter ordlyden skulle falle utenfor EMK art. 6 nr. 1. Praksis fra EMD har vist at en rekke slike saker likevel faller innenfor anvendelsesområdet for artikkel 6 nr. 1.

En del saker om offentlig myndighetsutøvelse gjelder rettigheter som i seg selv har konvensjonsvern. Etter EMK art. 13 har man da krav på et effektivt nasjonalt rettsmiddel for å prøve om det foreligger krenkelse av disse rettighetene. Noen av rettighetene er omfattet av artikkel 6 nr. 1 og da vil denne bestemmelsen konsumere artikkel 13.¹⁵ Av EMD-praksis følger at dette blant annet gjelder retten til familieliv etter artikkel 8 i visse tilfeller¹⁶ og eiendomsretten etter Protokoll 1 til EMK, artikkel 1.¹⁷ Argumentasjonen her bygger på at statens inngrep vil ha *betydning for forholdet mellom private parter*, det være seg mellom kjøper og selger ved konsesjonskrav¹⁸ eller mellom foreldre og barn ved omsorgsovertakelse.¹⁹

Praksis fra EMD har derimot ikke begrenset seg til de tilfeller hvor myndighetsutøvelsen vil ha virkning for forholdet mellom private parter. I *Salesi* la man til grunn at saker om trygdeytelser var omfattet av EMK art. 6 nr. 1 fordi det er en grunnleggende rettighet oppstilt

¹⁴ *Aall (2011)*, s. 369 nevner som eksempel sak om kjøp av kontormøbler hvor det offentlige er part.

¹⁵ *Ovey & White (2006)*, s. 467.

¹⁶ H mot Storbritannia 8.juli 1987.

¹⁷ Ringeisen mot Østerrike 16.juli 1971, samt Sporrang og Lönnroth mot Sverige 23.september 1982.

¹⁸ Se Ringeisen para 94.

¹⁹ H mot Storbritannia para 69.

i nasjonal rett, med avgjørende betydning for individets levevilkår.²⁰ Det hadde også vært en generell utvikling i medlemsstatene for å anerkjenne trygdeytelser som grunnleggende rettigheter, slik at likebehandlingshensynet tilsa at EMK art. 6 nr. 1 skulle komme til anvendelse.²¹ For norsk og engelsk rett er dette av vesentlig betydning, siden slike saker blir behandlet av forvaltningen og i særskilt opprettede tribunaler. Det innebærer at det kan være et konvensjonskrav at også disse organene oppfyller kravet til uavhengighet.

Anvendelsen av EMK art. 6 nr. 1 på arbeidsrettslige forhold var tidligere begrenset til private arbeidsforhold.²² Også på dette området har EMD utvidet anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1 og utviklingen har skjedd forholdsvis raskt. I *Pellegrin*²³ endret EMD praksis til å ta utgangspunkt i stillingens funksjonsutøvelse, og unntok stillinger som medførte ren offentlig myndighetsutøvelse.²⁴ Mindre enn ti år senere fant EMD at denne fremgangsmåte kunne føre til uheldige resultater.²⁵ I *Eskelinen* var klagerne ansatt i politiet, men noen var sivile og andre polititjenestemenn. På grunnlag av den funksjonelle tilnærmingsmåten EMD hadde oppstilt i *Pellegrin*, ville EMK art. 6 nr. 1 gjelde for de sivile, men ikke for polititjenestemennene, til tross for at tvisten gjaldt det samme for alle klagerne.²⁶ Domstolen valgte da å legge til grunn to vilkår for å unndra saker om offentlig ansettelse fra EMK art. 6 nr. 1; for det første måtte staten selv, ved nasjonal lov (i vid forstand) ha unntatt sakene rettslig prøving.²⁷ For det andre måtte unntakelsen av disse sakene være «*justified on objective grounds in the State's interest*».²⁸ For at dette siste vilkåret skulle være oppfylt måtte staten vise til at disse sakene måtte unntas rettslig prøving på grunn av stillingenes myndighetsutøvelse og sammenhengen

²⁰ Salesi mot Italia 26.februar 1993 para 19.

²¹ Ibid.

²² Maillard mot Frankrike 9.juni 1998.

²³ Pellegrin mot Frankrike 8.desember 1999.

²⁴ Pellegrin, para 64-67.

²⁵ Vilho Eskelinen mot Finland 19.april 2007, para 51.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid para 62.

²⁸ Ibid.

mellom sakens gjenstand og denne myndighetsutøvelsen.²⁹ Etter dette må saker om offentlig ansettelse som ikke er eksplisitt unntatt rettslig prøving på legitimt grunnlag knyttet til stillingens særskilte karakter og sakens gjenstand, være omfattet av EMK art. 6. nr. 1. Når dette fremheves særskilt her er det fordi man både i England og Norge har opprettet egne tribunaler for å avgjøre arbeidsrettslige tvister. Utvidelsen av anvendelsesområdet innebærer at uavhengighetskravet også kan gjelde for disse organene. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.3.2 og 4.3.1.1.

Av EMD-praksis kan man utlede at visse saker faller utenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1; saker om skatteplikt eller – fritak som sådan³⁰, saker om statsborgerskap, immigrasjon eller utvisning³¹ og politiske rettigheter som valgbarhet og lignende.³² Dette er saker som faller utenfor konvensjonens sfære eller er ivaretatt gjennom andre konvensjonsbestemmelser.³³

Det foregående viser at anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1, «*civil rights and obligations*» stadig utvides, og at det hovedsakelig er saker som tilhører statens mest grunnleggende prerogativer (som territorial suverenitet og statens interne forhold som sådan) som ikke omfattes. Dette har implikasjoner for norsk og engelsk rett, hvor en rekke dømmende oppgaver er lagt til organer utenfor det alminnelige domstolhierarki.

2.2.2 Straffesiktelse.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 6 nr. 1 gjelder også ved avgjørelsen av «*any criminal charge*». Det ligger i disse få ord et stort omfang av materielle og prosessuelle spørsmål. Det som først skal bemerkes er det tidsmessige aspektet som tillegges «*charge*».

²⁹ Ibid.

³⁰ Ferrazzini mot Italia 12.juli 2001, se særlig para 26-31.

³¹ Maaouia mot Frankrike 5.oktober 2000.

³² Pierre-Bloch mot Frankrike 21.oktober 1997.

³³ I Maaouia viste man til at prosessuelle rettigheter for utlendinger i saker om oppholdstillatelse og lignende er ivaretatt gjennom Protokoll nr. 7 til EMK, artikkel 1, se dommen para 38.

Spørsmålet har vært; når er man å anse som «*charge[d]*» i henhold til konvensjonen? Dette spørsmålet er sentralt fordi det iverksetter de rettigheter som videre følger av EMK art 6 nr. 1, og for så vidt også rettighetene i art. 6 nr. 2 følgende. At uttrykket «*charge[d]*» har et autonomt innhold ble først nevnt i *Neumeister*-dommen. For denne fremstillingen utgjør ikke tidsaspektet noe særlig problem; retten til en uavhengig domstol gjelder når saken skal avgjøres («*in the determination*»), det vil si under hovedforhandling eller endelig rettsmøte i Norge.

Det som videre har vist seg å være en problematisk avgrensning i praksis, knytter seg til hva som er å anse som «*criminal*». En dom som kan belyse denne problematikken er *Engel m.fl* fra 1976³⁴ hvor EMD satte opp retningslinjer for å avgjøre om saken var å anse som «*criminal*» i henhold til konvensjonen. Saken gjaldt fem ansatte i det nederlandske militæret som var pålagt sanksjoner i militærtjenesten. Problemet var å avgjøre om sanksjonene var disiplinærtiltak, og således falt utenfor anvendelsesområdet for artikkel 6, eller om det var snakk om straff. Det første Domstolen drøftet var det faktum at medlemsstatene har et visst spillerom for selv å avgjøre om noe er å anse som disiplinærtiltak eller straff, selv om det var sikker praksis at «*criminal charge*» må forstås «... *within the meaning of the Convention*...».³⁵ Domstolen foretok så en konkret vurdering under følgende vurderingsmomenter; i) hva nasjonal lovgivning klassifiserer den handling sanksjonen knytter seg til som, ii) «*the very nature of the offence*» og iii) «*the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*».³⁶ Det EMD således vurderer konkret for å avgjøre om det er snakk om «*criminal charge*», er hva nasjonal lovgivning karakteriserer handlingen som, selve handlingens karakter og den aktuelle sanksjons grad av alvorlighet. Det at «*criminal charge*» i art. 6 har autonom betydning har man også tatt konsekvensen av i norsk rett. Høyesterett har i flere saker kommet til at sanksjoner som ikke anses som «straff» etter Grl. § 96, likevel må anses som straff i henhold til EMK art. 6.³⁷

³⁴ Engel mfl mot Nederland 8. juni 1976.

³⁵ Engel mfl under para 80.

³⁶ Engel mfl fra para 82 følgende.

³⁷ Rt. 2000 s. 996 om tilleggsskatt, Rt. 2002 s. 1216 om inndragning av førerkort, se for øvrig Aall (2011) kap. 17.3.

2.3 Et uavhengig tribunal opprettet ved lov.

2.3.1 Innledning

Kjernen i denne undersøkelsen knytter seg kravet til en uavhengig domstol. For å besvare problemstillingen er det først og fremst to elementer i EMK art. 6 nr. 1 som må undersøkes: hva ligger i «*tribunal established by law*» og hvilke krav må være oppfylt for at et «*tribunal*» anses som «*independent*».

2.3.2 Tribunal opprettet ved lov.

Det første man må være oppmerksom på er at konvensjonen opererer med autonome begreper, slik at det vi i den norske konvensjonstekst har oversatt til «domstol» ikke fullt ut dekker konvensjonens mening. Et organ som i Norge ikke betegnes som domstol kan anses som «*tribunal*» i henhold til konvensjonen og vice versa. Hvilke krav som må være oppfylt for at et organ anses som «*tribunal*» følger av en rekke EMD-dommer. Som vi så under punkt 2.2 omfatter anvendelsesområdet for artikkel 6 nr. 1 ikke bare tradisjonell sivil- og strafferett, men også en del forvaltningsavgjørelser blir ansett å gjelde «*civil rights and obligations*». Dette har konsekvenser for hvilke organer som blir vurdert som «*tribunal established by law*» i henhold til konvensjonen.

Spørsmålet om et organ oppfyller kravene til «*tribunal established by law*» ble vurdert i *Sramek*-dommen.³⁸ Saken gjaldt en amerikansk statsborger som ønsket å kjøpe en eiendom i Hopfgarten i Østerrike. Det var en forutsetning for kjøpet at Sramek fikk tillatelse fra myndighetene. For EMD dreide konflikten seg om de regionale myndighetene oppfyller kravene i EMK artikkel 6 nr. 1. Organet det der dreide seg om, «the Regional Real Property Transactions Authority», var ikke en del av det nasjonale domstolhierarkiet. I dommen slår Domstolen likevel fast at organet anses som tribunal i henhold til art 6 nr. 1 ved at: «...*its function is to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner...*».³⁹ Etter dette er altså det avgjørende for at et organ oppfyller kravene til «*tribunal established by law*» at det *de facto* har til funksjon å

³⁸ Sramek mot Østerrike 22. oktober 1984.

³⁹ Sramek para 36. Se også Belilos mot Sveits 29.april 1988 para 64.

avgjøre saker med bindende virkning, i kraft av sin kompetanse på grunnlag av rettsregler, og etter en rettslig forankret prosess. Dette har blitt fulgt opp i en rekke andre saker hvor det også har vært snakk om organer som stod utenfor det ordinære domstolhierarkiet I *Le Compte, Van Leuven og De Meyere*⁴⁰ fant EMD at profesjonsorganer som kan pålegge medlemmene sanksjoner etter fastsatte regler og prosedyrer omfattes av EMK artikkel 6 nr. 1. Det var en direkte følge av at de sanksjoner som kunne pålegges angikk «*civil rights and obligations*». I *Campbell og Fell*⁴¹ ble «Prison Board of Visitors» ansett som et tribunal i henhold til konvensjonen. Organet bestod av frivillige som avgjorde disiplinære saker innad i fengselet og spørsmål om prøveløslatelse. Et ytterligere eksempel er militærdomstoler, som ikke tilhører et ordinært domstolhierarki, men opererer internt i militæret. Disse domstolene er ofte ad hoc, og jurisdiksjonen er begrenset til saker med tilknytning til militæret. Slike domstoler har man en rekke dommer om, se bl.a *Findlay*,⁴² *Morris*⁴³ og *Cooper*.⁴⁴ Det man ser av disse dommene er at hvor sakene det gjelder faller innenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1 («...*civil rights and obligations or any criminal charge*...»), utvides kretsen av organer som anses som «*tribunal*». Forutsetningen er at disse organene har kompetanse til å avgjøre sakene etter gitte prosedyrer og regler. Som følge av de autonome begrepene i EMK art. 6 nr. 1 vil således «*tribunal*» omfatte en større krets av organer, inkludert forvaltningsorganer eller profesjonsorganer, hvor disse kan eller har avgjort en sak angjeldende «...*civil rights and obligations or any criminal charge*...».

Det må imidlertid presiseres at det også er et krav at organet er opprettet i medhold av nasjonal rett.⁴⁵ Nasjonal rett omfatter enhver type lov i vid forstand som er gjeldende i staten, og som oppfyller lovkravet etter EMD-praksis. Ved lovkravet har man i praksis lagt vekt på to kriterier; normens presisjon og tilgjengelighet.⁴⁶ At domstolen må være opprettet i medhold

⁴⁰ *Le Compte, Van Leuven og De Meyere* mot Belgia 23. juni 1981.

⁴¹ *Campbell og Fell* mot Storbritannia, 28. juni 1984

⁴² *Findlay* mot Storbritannia, 25. februar 1997.

⁴³ *Morris* mot Storbritannia, 26. februar 2002.

⁴⁴ *Cooper* mot Storbritannia, 16. desember 2003.

⁴⁵ *Aall* (1995), s. 157

⁴⁶ *Ibid.*

av nasjonal rett innebærer at domstolens kompetanse må være basert på lov gitt forut for den tid handlingen som tvisten knytter seg til skjedde.

2.3.3 Uavhengig.

At dommere skal være uavhengige i sin dommergjerning er et fundamentalt og velkjent prinsipp. I FNs Menneskerettighetserklæring fra 1948 er retten til å få sin sak prøvet for en uavhengig domstol fastslått i artikkel 10. Det som derimot ikke fremkommer av ordlyden i FNs menneskerettighetserklæring eller EMK art 6 nr. 1 er det materielle innholdet i kravet til domstolenes uavhengighet.

Når man skal undersøke hva som ligger i kravet til domstolens uavhengighet etter EMK art. 6 nr.1 er det igjen viktig å ha for øye at man opererer med autonome begreper.

Uavhengighetskravet er som nevnt ikke begrenset til å gjelde domstoler innenfor det ordinære domstolhierarki, men kan også blant annet omfatte militærdomstoler,⁴⁷ organer innenfor fengselsvesenet som avgjør saker om prøveløslatelse⁴⁸ eller fagorganer som kan frata bevillinger eller foreta andre sanksjoner innenfor for eksempel lege- eller advokatyret.⁴⁹

Kravet til domstolens uavhengighet etter EMK art. 6 nr.1 har blitt utformet gjennom EMD-praksis. Domstolen har gjennom en rekke dommer utformet fire vurderingsmomenter for hvorvidt en domstol oppfyller kravet; i) «*manner of appointment*», ii) «*term of office*», iii) «*the existence of safeguards against outside pressures*» og iv) «*the appearance of independence*».⁵⁰ Tidligere ble disse momentene vurdert i sammenheng med spørsmålet om organet oppfylte kravene til «*tribunal*».⁵¹ Senere gikk man derimot over til kun å vurdere disse momentene i forbindelse med domstolenes uavhengighet, og dette er nå innarbeidet praksis.⁵²

⁴⁷ Findlay mot Storbritannia, 25. februar 1997.

⁴⁸ Campbell og Fell mot Storbritannia, 28. juni 1984.

⁴⁹ Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia, 23. juni 1981.

⁵⁰ Trechsel (2005), s. 53.

⁵¹ Se Ringeisen-dommen para 95.

⁵² Campbell og Fell-dommen para 78.

i. «manner of appointment»

Den første dom hvor Domstolen uttrykkelig la vekt på «*manner of appointment*» var *Campbell og Fell*-dommen.⁵³ I *Campbell og Fell*-dommen var saken den at to innsatte i Albany Prison ble anklaget for å ha deltatt i en voldshendelse mot en av de ansatte ved fengselet, i forbindelse med en demonstrasjon. Saken ble vurdert av «Prison Board of Visitors», som fant de to skyldig i å ha deltatt i hendelsen. Det relevante spørsmål i denne sammenheng var om «Prison Board of Visitors» oppfylte kravene etter EMK art. 6 nr. 1. Om medlemmenes «*manner of appointment*» uttaler Domstolen følgende:

*«... Members of Boards are appointed by the Home Secretary, who is himself responsible for the administration of prisons in England and Wales...»*⁵⁴

Innenriksministeren, «Home Secretary», var altså ansvarlig for å oppnevne medlemmene i organet, samt den generelle ledelsen av fengslene i England og Wales. Domstolen fortsetter med å slå fast at *dette alene* ikke kan medføre manglende uavhengighet av den utøvende makt, da det ville føre til at dommere som blir oppnevnt av eller etter anbefaling fra en minister ikke ville oppfylle kravene i EMK artikkel 6 nr. 1. Dette var utstrakt praksis i medlemslandene, og EMD så det ikke som sin oppgave å tilsidesette denne praksis.

Et annet tilfelle hvor «*manner of appointment*» derimot medførte krenkelse av EMK art. 6 nr. 1, var *Langborger*-dommen.⁵⁵ Den opprinnelige saken gjaldt en forhandlingsklausul i en husleiekontrakt, og for EMD var spørsmålet blant annet om særdomstolen for husleieavtaler oppfylte kravene i artikkel 6 nr.1 To lekdommere i domstolen var nominert av henholdsvis utleier- og leietakerforeninger som begge hadde interesse i at den aktuelle klausulen ble stående. Siden klageren ønsket å få denne klausulen fjernet, kunne han

«... legitimately fear that the lay assessors had a common interest contrary to his own and therefore that the balance of interests, inherent in the Housing and Tenancy Court's

⁵³ Campbell og Fell para 78.

⁵⁴ Campbell og Fell para 79

⁵⁵ Langborger mot Sverige, 22.juni 1989.

composition in other cases, was liable to be upset when the court came to decide his own claim...». ⁵⁶

Det skal i denne sammenheng nevnes at Domstolen i den saken vurderte uavhengighet og upartiskhet under ett, men den illustrerer likevel hva som tillegges vekt ved momentet «*manner of appointment*».

I *Incal*-dommen vurderte EMD blant annet om domstolen som hadde dømt Incal oppfylte kravene i artikkel 6 nr. 1. ⁵⁷ Det som var omstridt ved domstolens sammensetning var at en av dommerne tilhørte det tyrkiske militæret. Domstolen pekte først på noen momenter som var med på å underbygge militære dommers uavhengighet (og upartiskhet); de hadde samme utdanning som sivile dommere, de hadde beskyttelse mot å bli fjernet fra sete og de satt som individer. Det Domstolen derimot mente var med på å så tvil om dommernes stilling var blant annet; «... *Decisions pertaining to their appointment are to a great extent taken by the administrative authorities and the army...*». ⁵⁸ En rekke andre momenter i tillegg til «*manner of appointment*» medførte at man i denne saken fant krenkelse av artikkel 6 nr. 1.

Hensynet bak hvorfor «*manner of appointment*» vektlegges i denne vurderingen kom kanskje best frem i *Langborger*-dommen. Domstolen uttaler der at klageren hadde legitim grunn for å frykte at dommerne hadde sammenfallende interesser med klagerens motpart, sett i sammenheng med hvordan og av hvem de var oppnevnt til å sitte som dommere. Det samme kan for øvrig sies om *Incal* men der var ikke båndet mellom den militære dommeren og klagerens «motpart», som følge av dommerens «*manner of appointment*», like åpenbar. Selv om «*manner of appointment*» fremheves av EMD som moment ved vurderingen av domstolens uavhengighet gjentatte ganger, skjer det så godt som aldri at det faktisk blir konkludert med krenkelse på dette grunnlag. Selv om uavhengighet av den utøvende makt blir fremhevet som kjernen av kravet til domstolens uavhengighet, har Domstolen ikke dømt en stat for krenkelse på det grunnlag at den utøvende makt har utnevnt dommerne. EMD har

⁵⁶ Langborger-dommen, para 35.

⁵⁷ Incal mot Tyrkia, 9.juni 1998

⁵⁸ Incal, para 68.

begrunnet dette med at det er en utbredt praksis i medlemslandene, og at det således ikke er opp til Domstolen å tilsidesette denne praksisen.⁵⁹

Dette moment vil bli utdypet mer i tredje og fjerde kapittel, da det har vist seg å ha stor innflytelse på nasjonal rett, selv om EMD-praksis ikke viser en særlig streng linje i dette henseendet.

ii. «term of office»

Det andre vurderingsmomentet henger naturlig sammen med det forrige; det gjelder for begge momenter det praktiske rundt dommernes ansettelse. De to momentene blir også i stor grad drøftet i samme åndedrag av EMD. Vurderingen av dommernes «term of office» knytter seg hovedsakelig til ansettelsesperioden, det vil si for hvor lang periode en dommer blir ansatt. Inkludert i dette blir det også en vurdering av mulighetene for å bli gjenvalgt hvis det er en begrenset periode.

Det første tilfellet hvor EMD eksplisitt nevnte «term of office» som et vurderingsmoment var i *Ringeisen*-dommen. Der blir momentet knyttet til vurderingen av om «the Regional Commission» var å anse som «tribunal».⁶⁰ Dette blir fulgt opp i *Le Compte, Van Leuven og De Meyere*.⁶¹ Senere i den samme dommen uttaler Domstolen derimot;

*«There can be no doubt as to the independence of the Court of Cassation (...) this also applies to the Appeals Council (...) the duration of a Council member's term of office (six years) provides a further guarantee in this respect.»*⁶²

Senere EMD-praksis viser at spørsmålet om medlemmenes «term of office» nå er tilknyttet uavhengighetskravet.⁶³

⁵⁹ Se *Trechsel* (2005), s. 54 med videre henvisninger.

⁶⁰ *Ringeisen* para 95.

⁶¹ *Le Compte, Van Leuven og De Meyere* para 55.

⁶² *Ibid* para 57.

⁶³ Se for eksempel *Campbell og Fell*-dommen, *Sramek*-dommen og *Ettl mfl. mot Østerrike* 23.april 1987 para 41.

De neste spørsmålene blir så; hvor lang må ansettelsesperioden være for å tilfredsstille kravene i EMK art 6 nr. 1 og hvilken rolle spiller det om den utøvende makt kan gjenoppnevne en dommer etter den avtalte ansettelsesperioden er utgått?

Når det gjelder ansettelsesperiodens lengde, kan praksis tyde på at EMD ikke stiller strenge krav. I den tidligere omtalte *Sramek*-dommen, godtok EMD en lovfastsatt ansettelsesperiode på tre år.⁶⁴ Noe motstridende mot standpunktet i *Sramek*, er uttalelser i *Incal*-dommen. Mens man i *Sramek* ubetinget godtok en periode på tre år, uttalte EMD i *Incal* at et moment som stilte den militære dommerens uavhengighet i tvil var at «... *their term of office as National Security Court judges is **only** four years...*»[min utheving].⁶⁵ Domstolen gir i *Sramek* ingen begrunnelse for hvorfor de aksepterer tre år som «lenge nok» og de sier heller ikke noe om hvorfor fire år kanskje er på grensen i *Incal*. I denne sammenheng kan *Campbell og Fell* belyse hvorfor visse tilfeller av forholdvis korte perioder godtas; medlemmene av «Prison Board of Visitors» satt for en periode på 3 år. EMD uttaler i den sammenheng at dette var riktignok ganske kort tid, men medlemmene var ulønnede og rekruttering kunne vanskeligjøres dersom man ble sittende for lengre perioder.⁶⁶ Til sammenligning hadde medlemmene av organet i *Sramek* krav på vederlag, slik at rekrutteringsproblematikken ikke kan ha vært årsaken til at man godtok den korte tidsperioden der.⁶⁷

Domstolen har ikke gitt noen generell begrunnelse for hvorfor det er et moment hvor lang ansettelsesperioden for dommerne er. Dette har dog blitt diskutert i juridisk teori og har en nokså naturlig forklaring; dersom dommere blir ansatt for en kort periode, vil det gi mulighet for den ansettende myndighet å føre kontroll med dommerens virksomhet.⁶⁸ Ved korte ansettelsesperioder vil dommeren kanskje bli påvirket av tanken på sin fremtidige karriere, noe som igjen beror på ansettende myndighets oppfatning av vedkommende.

⁶⁴ *Sramek*, para 38. Se kritikk av dette, *Trechsel (2005)*, s.55.

⁶⁵ *Incal* para 68.

⁶⁶ *Campbell og Fell*, para 80.

⁶⁷ *Sramek*, para 26 nr (11).

⁶⁸ *Aall (1995)*, s. 167

Det blir i forbindelse med momentet «*term of office*» også fremhevet muligheten for gjenvalg. I Incal-dommen ble dette nevnt blant de forhold som gjorde domstolens uavhengighet tvilsom.⁶⁹ Det utdypes ikke hvorfor muligheten for gjenvalg kan trekke domstolens uavhengighet i tvil, men en naturlig forklaring kan være at dersom dommere blir ansatt for en tidsbestemt periode av den utøvende makt, vil muligheten for å bli gjenvalgt eller gjenoppnevnt etter utløpet av denne perioden kanskje virke inn på dommerens dømmende funksjon idet han blir mer «vennlig» mot den myndighet som senere kan forlenge hans ansettelsesperiode.

iii. «safeguards against outside pressures»

Ved dette moment kan man av EMD-praksis utlede en rekke delmomenter; dommernes stillingsvern, instruksjonsmuligheter, underordningsforhold, garantier i lov eller andre særlige forhold som har dukket opp i den enkelte sak. Dommernes stillingsvern er det gjennomgående moment, som alltid blir drøftet, mens de andre momenter blir vurdert dersom det er aktuelt i den konkrete saken.

Kravet til dommernes stillingsvern er et særlig viktig moment, siden det er en nødvendig forutsetning for at dommere skal kunne utføre sin dommergjerning på selvstendig grunnlag, at de ikke frykter avskjedigelse dersom utøvende makt ikke er fornøyd med resultatet. I dette henseendet har det skjedd en utvikling mot et sterkere vern for dommere i EMD-praksis.

I *Campbell og Fell* går Domstolen inn på muligheten for å avskjedige eller si opp medlemmene.⁷⁰ Det var ikke regulert i «*the Rules*» (regelverk fastsatt av innenriksministeren for administrasjon av fengslene) hvordan medlemmer kunne fjernes fra sete i organet, eller noen garantier for at de ikke kunne fjernes. Det fremstod derfor som om innenriksministeren kunne be medlemmene om deres oppsigelse, men;

⁶⁹ Incal para 68.

⁷⁰ Campbell og Fell, para 80.

«...this would be done only in the most exceptional circumstances and the existence of this possibility cannot be regarded as threatening in any respect the independence of the members of a Board in the performance of their judicial function...»⁷¹

Domstolen uttaler så at dommeres vern mot oppsigelse under oppnevnellesperioden generelt er en følge av kravet til uavhengighet, og således del av garantiene under EMK art. 6 nr. 1. Allikevel mente de at manglende lovregulering ikke alene medførte krenkelse, all den tid et særskilt stillingsvern for disse dommerne var anerkjent i praksis, og de andre garantiene i art. 6 nr.1 var ivaretatt.⁷²

To nyere saker mot Polen antyder en strengere linje i dette henseendet. Den første saken, som dannet grunnlaget for sak nr. 2, var *Henryk Urban og Ryszard Urban mot Polen*⁷³ (Urban-dommen). Saken gjaldt hvorvidt klagerne hadde fått sin sak avgjort av en uavhengig domstol. Dommeren i førsteinstans var en «assessor», en stilling som kan sammenlignes med dommerfullmektigstillingen i Norge. Bruken av assessorer var regulert i en lov fra 2001.⁷⁴ Av loven fulgte at justisministeren kunne ansette personer som hadde nødvendig juridisk utdanning, hadde bestått «*judge's or prosecutors examination*» og oppfylte ytterligere vilkår for ansettelse. Justisministeren kunne gi vedkommende kompetanse til å utøve en dømmende funksjon for maksimalt fire år. Når som helst i løpet av denne perioden kunne justisministeren avskjedige vedkommende, etter godkjenning fra et dommerråd. Det bristende punkt i saken var det faktum at det ikke var nærmere regulert når og på hvilke vilkår justisministeren kunne avsette dommeren. EMD avsa derfor dom på krenkelse av artikkel 6 nr. 1 da det ikke forelå tilstrekkelige garantier mot vilkårlig bruk av avskjedskompetansen til justisministeren.⁷⁵ *Urban*-dommen ble senere fulgt opp i *Pohoska mot Polen*⁷⁶, hvor det ble funnet krenkelse på tilsvarende grunnlag.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ *Henryk Urban og Ryszard Urban mot Polen*, 30. november 2010.

⁷⁴ *Urban*-dommen para 17.

⁷⁵ *Urban*-dommen para 53.

⁷⁶ *Pohoska mot Polen*, 10.januar 2012.

Man kan etter dette legge til grunn at det i kravet til domstolens uavhengighet ligger en garanti for et visst stillingsvern for den enkelte dommer, utover det som er vanlig i andre yrker. Av EMD-praksis, og da særlig *Urban*-dommen, må en kunne legge til grunn at det må foreligge garantier mot at den utøvende makt kan avskjedige eller fjerne dommere på *vilkårlig grunnlag*. Det avgjørende må således være at det ikke er opp til den utøvende makts frie skjønn hvorvidt en dommer skal fjernes, og vilkårene for oppsigelse eller avskjed må derfor være regulert i lov, eller nasjonal rett tilsvarende lov.

Kravet til domstolenes uavhengighet innebærer også at dommerne ikke skal stå i et underordningsforhold til noen av partene, eller være underlagt instruksjonsmyndighet i den dømmende gjerning.

En sak som satte problemet på spissen var *Findlay*-saken.⁷⁷ Klageren, Mr. Findlay, var tiltalt og dømt for en rekke forhold ved «the general court martial». Findlay var ansatt i det britiske militæret, og forholdene han ble dømt for hadde skjedd mens han var i tjeneste. For EMD var spørsmålet om Findlay hadde fått en rettferdig rettergang etter EMK art 6 nr.1. Det omtvistede ved saken var sammensetningen av «court martial» og særlig den rolle «the convening officer» spilte i det hele. Sistnevnte hadde utnevnt medlemmene av organet, hvilket var ad hoc, han hadde anbefalt hvilke forhold Findlay burde tiltales for, han utnevnte aktor og forsvarer og han hadde ansvar for innkalling av vitner og derved også hvem som skulle innkalles. Han hadde også ansvar for å sende bevismateriale til aktor og forsvarer. Av disse grunner fant Domstolen at han spilte en sentral rolle i saken mot Findlay og han hadde nære bånd til påtalemyndigheten.⁷⁸ Etter dette undersøkte Domstolen hvorvidt dommerne var tilstrekkelig uavhengige av «the convening officer» og om det forelå tilfredsstillende garantier for upartiskhet (domstolens uavhengighet og upartiskhet ble vurdert samlet).⁷⁹ Dommerne ble som nevnt oppnevnt av denne offiseren, de var underordnet han på den militære rangstigen og de var således under hans kommando direkte eller indirekte. Offiseren kunne i tillegg oppløse domstolen enten før eller under hovedforhandling. I tillegg til at offiseren således hadde ansvaret for domstolens sammensetning, bevisførselen og var overordnet dommerne, fungerte

⁷⁷ Findlay mot Storbritannia 25. februar 1997.

⁷⁸ Findlay para 74.

⁷⁹ Findlay para 75.

han også som «confirming officer». Dette innebar at dommen, for å bli rettskraftig, måtte «godkjennes» ham. Etter dette fant Domstolen at man legitimt kunne frykte at domstolen ikke var uavhengig og upartisk.⁸⁰ Domstolen nevner noen forhold som kunne ha avhjulpet disse manglene; tilstedeværelsen av «the judge advocate» eller en ed de enkelte medlemmene måtte ta.⁸¹ Disse forholdene kunne dog ikke avhjelpe situasjonen i dette tilfellet hvor det var snakk om helt fundamentale krenkelser av retten til en rettferdig rettergang for en uavhengig og upartisk domstol.

Det man kan se av *Findlay* er at hvor dommeren(e) står i et underordningsforhold til en sentral aktør i saken, og det foreligger en mulighet for instruks til dommerne, skal det svært mye til for at domstolens uavhengighet anses ivaretatt. Det samme så man i *Sramek* hvor en av dommerne stod i et underordningsforhold til klagerens motpart.⁸² Selv om man ikke faktisk har gitt instruks må det sett i sammenheng med vilkåret drøftet nedenfor, «*appearance of independence*», medføre at det foreligger en legitim grunn til å frykte at domstolen ikke er uavhengig.⁸³

En dom fra 2011 illustrerer det man nok kan si er et ekstremt overtramp av vilkåret om garantier mot ytre påvirkning. I *Agrokompleks mot Ukraina*⁸⁴ gjaldt den opprinnelige saken konkursbehandling av et selskap (LyNOS) som staten eide 67,41 % av. Konkurssaken hadde tatt nesten 10 år å ferdigbehandle, og klageren i saken for EMD var en av kreditorene. Under behandlingen av konkursen hadde høytstående personer i staten åpenlyst blandet seg inn i saksbehandlingen for retten.⁸⁵ I tillegg hadde domstolens administrative leder besvart korrespondansen fra staten, med informasjon om sakens fremgang.⁸⁶ Det var ikke av betydning for vurderingen av om det forelå krenkelse hvorvidt denne innblanding *de facto*

⁸⁰ Findlay para 76.

⁸¹ Findlay para 78.

⁸² Sramek para 41.

⁸³ Sramek para 42.

⁸⁴ Agrokompleks mot Ukraina, 6. oktober 2011.

⁸⁵ Agrokompleks para 129.

⁸⁶ Agrokompleks para 130.

hadde virket inn på saken.⁸⁷ EMD slår fast at selv om Konvensjonen ikke fordrer en bestemt konstitusjonell organisering av staten,⁸⁸ er intervensjon fra statlige organer i en pågående rettslig prosess helt klart i strid med EMK art. 6 nr. 1.⁸⁹ Plikten til å ivareta domstolenes uavhengighet påligger ikke domstolene alene, men også de øvrige statsmakter er forpliktet til å bidra til ivaretagelsen av prinsippet.⁹⁰ EMD uttaler videre at selv om man har forfatningsmessige «safeguards» (som Staten påberopte seg) er dette ikke tilstrekkelig all den tid disse «safeguards» ikke blir etterlevet i praksis.⁹¹ Et ytterligere poeng fra dommen er viktig; EMK art. 6 nr. 1 sikrer ikke bare domstolene mot press utenfra, men skal også sikre den enkelte dommers uavhengighet av andre dommere og domstolens administrative leder.⁹² I denne saken hadde domstolens administrative leder instruert to «deputies» til å revurdere en tidligere avsagt dom i saken. EMD slår fast at også dette strider mot kravet til uavhengige domstoler.⁹³

I både *Urban*, *Findlay* og *Agrokompleks* vurderer EMD om lovfastsatte garantier eller dommerforsikring kan avhjelpe andre mangler ved domstolens uavhengighet. Dette blir også fremhevet i *Piersack*-dommen.⁹⁴ I de tre førstnevnte sakene hadde ikke eksistensen av slike garantier nok gjennomslagskraft overfor de grove manglene ellers. I *Piersack* var de lovfastsatte garantier tilstrekkelig for at domstolen ble ansett som uavhengig i henhold til konvensjonen, men det må sees i sammenheng med klageren ikke la frem konkrete bevis for sin påstand om manglende uavhengighet. Lovfastsatte garantier og dommerforsikring vil således kunne fungere som støtteargument for domstolens uavhengighet, men fraværet av slike vil trolig ikke alene kunne føre til krenkelse av EMK art. 6 nr. 1.

⁸⁷ Agrokompleks para 134.

⁸⁸ Agrokompleks para 131.

⁸⁹ Agrokompleks para 133.

⁹⁰ Agrokompleks para 136.

⁹¹ Ibid.

⁹² Agrokompleks para 137.

⁹³ Agrokompleks, para 139.

⁹⁴ *Piersack* mot Belgia, 1.oktober 1980, para 27.

iv. «appearance of independence»

Prinsippet om domstolens uavhengighet har et siste moment; «*the appearance of independence*». Dette momentet blir ofte illustrert med den hyppig (feil)siterte⁹⁵ maksimen; «... *justice must not only be done; it must also be seen to be done*...».⁹⁶ Som det fremheves av Domstolen i en rekke saker er det av grunnleggende betydning i et demokratisk samfunn at man ivaretar offentlighetens tillit til domstolene, og da må også «*appearances*» undersøkes.⁹⁷ Dette blir fremhevet i *Incal*, hvor man tar med det faktum at ikke bare offentligheten, men (særlig i straffesaker) også partenes (den tiltaltes) tillit til domstolene må ivaretas.⁹⁸ Det påpekes dog at det i straffesaker kun kan legges vekt, men ikke avgjørende vekt på tiltaltes oppfatning, naturlig nok siden tiltaltes oppfatning gjerne er påvirket av situasjonen han befinner seg i.

Ved vurderingen av domstolens uavhengighet må det undersøkes om det som anføres å røkke ved uavhengigheten også gjør seg gjeldende på legitimt grunnlag utenfor tiltaltes eller partenes sfære. Dette fremgår av EMD-praksis ved at man ser hen til klagerens anførsler knyttet til domstolens (manglende) uavhengighet, og deretter om disse anførslene er «*objectively justified*».⁹⁹ Operasjonen Domstolen foretar kan sees i *Incal*; Domstolen gikk der inn på de konkrete fakta i saken, og så på helheten samlet. De kom så til at de samlede momenter objektivt sett ga Incal legitim grunn til å frykte at domstolen som avgjorde hans sak kunne la seg påvirke av momenter utenfor det som var konkret relevant for saken.¹⁰⁰ Den

⁹⁵ Se Campbell og Fell para 81, Delcourt para 31.

⁹⁶ Fra den engelske dom R v Sussex Justices, ex parte McCarthy 1924, Lord Hewart CJ; “...*justice should not only be done, but manifestly and undoubtedly be seen to be done*...”

⁹⁷ Sramek para 42.

⁹⁸ Incal para 71.

⁹⁹ Incal para 71

¹⁰⁰ Incal para 72

samme «testen» ble utført i *Sramek*,¹⁰¹ *Langborger*¹⁰² og *Campbell og Fell*¹⁰³ (i sistnevnte dom kom EMD fram til at organet etter den objektive «testen» fremstod som uavhengig).

2.3.4 Særtribunaler og etterfølgende kontroll.

I praksis har det dukket opp spørsmål om det kan avhjelpe mangler ved førsteinstans at saken er overprøvet av en høyere instans som oppfyller kravene i art. 6 nr. 1. Dette har særlig vært aktuelt for såkalte «særtribunaler» i første instans. Praksis fra EMD viser at dersom man finner at særtribunalet ikke oppfylte kravene i art. 6 nr. 1, kan det motvirke konvensjonsbrudd om saken er overprøvet av høyere instans. Forutsetningen er da at behandlingen i andreinstansen har oppfylt visse krav. Dette ble behandlet i *Crompton mot Storbritannia*.¹⁰⁴ Saken var at klageren hadde mistet jobben i militæret på urettmessig grunnlag. For EMD var hovedspørsmålet om det kunne avhjelpe manglende uavhengighet hos det organ som avgjorde kompensasjonsspørsmålet (Army Board) at High Court hadde foretatt «judicial review» av saken. EMD hadde i en tidligere sak satt opp vilkår for når en slik overprøving var tilstrekkelig etter art. 6 nr. 1; kontrollorganet må ha «full jurisdiction» eller sørge for «sufficiency of review». For å avgjøre om dette forelå;

*«...it was necessary to have regard to such factors as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal...»*¹⁰⁵

Domstolen viser til tidligere praksis hvor man hadde slått fast at dersom det dreier seg om en sak hvor man behøver særlig ekspertise er det tilstrekkelig om etterkontrollen begrenses til en vurdering av om «...the findings of fact, or the inferences based on them, were perverse or unreasonable...».¹⁰⁶ Det var tilfellet i *Bryan*-dommen, hvor det var tilstrekkelig at High Court

¹⁰¹ Sramek para 42

¹⁰² Langborger para 35

¹⁰³ Campbell og Fell para 81

¹⁰⁴ Crompton mot Storbritannia, 27.oktober 2009.

¹⁰⁵ Crompton para 71, henviser videre til Bryan mot Storbritannia, 22.november 1995.

¹⁰⁶ Crompton para 72, henviser til Bryan-dommen.

hadde mulighet til å prøve lovanvendelsen og saksbehandlingen.¹⁰⁷ Derimot kreves det en større grad av etterfølgende kontroll hvor det kun var snakk om «... *a simple question of fact*...». ¹⁰⁸ Da må den høyere instansen ha full kompetanse til å prøve alle sider av saken.¹⁰⁹ Dersom avgjørelsene til et særtribunal ikke kan overprøves i samsvar med disse kravene, må man derfor sørge for at EMK art. 6 nr. 1 er oppfylt allerede for særtribunalet. Vi skal se at dette kan ha betydning også for norsk rett, hvor blant annet Arbeidsrettens avgjørelser ikke er gjenstand for overprøving.

2.4 Oppsummering og veien videre.

I det foregående har vi sett at EMD gjennom 60 års praksis har utformet retningslinjer for å klarlegge det materielle innholdet i EMK artikkel 6 nr.1. Det at domstolene skal være uavhengige av de øvrige statsmakter har vært et kjent prinsipp fra lenge før ikrafttredelsen av EMK, men gjennom EMD-praksis har man videreutviklet prinsippet og gitt det mer substans.

De momentene som er gjennomgått i det foregående utgjør bakteppet for den videre behandling av undersøkelsens tema. Det er med grunnlag i disse momentene jeg nå går over til å undersøke hvordan domstolenes uavhengighet ivaretas, først i England og dernest i Norge. For å undersøke dette vil jeg ta med momentene fra EMD inn i den nasjonale sfære og se hvordan de gjennomføres der. Konkret innebærer det at jeg blant annet skal undersøke hvordan man i England og Norge utnevner dommere, ansettelsesperioden for engelske og norske dommere, om man har tilstrekkelige garantier mot påvirkning utenfra og om alt i alt det institusjonelle rammeverket rundt engelske og norske domstoler skaper et inntrykk av uavhengige domstoler.

¹⁰⁷ Bryan para 47.

¹⁰⁸ Crompton para 73, henviser til Tsfayo mot Storbritannia, 14. november 2006.

¹⁰⁹ Crompton para 77-79.

Kapittel 3 Engelsk rett.

3.1 Innledning

Det engelske rettssystemet, og for øvrig også statsforfatningen generelt, har utviklet seg gradvis over mange hundre år. Den engelske statsforfatning er tuftet på prinsippet om «*separation of powers*». ¹¹⁰ Maktseparasjonen er dog ikke absolutt; blant annet er ministrene medlemmer av parlamentet ¹¹¹ og det er hovedsakelig snakk om separasjon mellom lovgivende og utøvende makt på den ene side og dømmende makt på den andre side. ¹¹² Den britiske forfatning bygger på uskrevne sedvaner og prinsipper, og er således ikke samlet i ett skrevet dokument. ¹¹³ Et særtrekk ved den britiske statsforfatningen er «Parliamentary sovereignty» som innebærer at Parlamentet når som helst kan vedta lov om hva som helst med simpelt flertall og er ikke bundet av grunnlov slik vi er i Norge. ¹¹⁴ Utviklingen av det engelske rettssystemet har historisk skjedd med lite påvirkning utenfra. ¹¹⁵ Et viktig unntak som må nevnes her er EU. Etter Storbritannia ble medlem av EU har de måttet «tåle» lovgivning som ikke stammer fra Parlamentet, og EU-lovgivning skal ved motstrid gå foran engelsk lov. ¹¹⁶ Vi skal se at også EMK utvilsomt har hatt en innflytelse på engelsk rett etter den ble inkorporert ved Human Rights Act 1998. Frem til 1998 hadde EMK ikke status som nasjonal rett i England. Man bygde der på det dualistiske prinsipp, hvilket innebærer at folkerett ikke anses som del av den nasjonale retten uten særskilt inkorporering. ¹¹⁷ Den europeiske

¹¹⁰ Montesquieu var inspirert av det engelske system da han skrev *De l'Esprit des Lois*, som blir fremsatt som et av grunnverkene for maktfordelingsprinsippet. En kan således si at maktfordelingsprinsippet er tuftet på blant annet det engelske system, *Holmøyvik (2012)* s. 103-104.

¹¹¹ *Parpworth (2006)* s. 19-20.

¹¹² *Oliver (2003)*, s. 330.

¹¹³ *Ibid* s. 4-5.

¹¹⁴ *Ibid*, s. 29.

¹¹⁵ Se *Lando (2004)*, s. 88-108 som viser en engelsk rettshistorie og rettsstilstand som har utviklet seg organisk fra 1000-tallet, og hvor engelske dommere og jurister har stått for det meste av videreutviklingen. Engelsk rett har blitt eksportert i kolonitiden, men har ikke latt seg påvirke i særlig grad før de ble medlem av EU.

¹¹⁶ *Ingman (2008)*, s. 156.

¹¹⁷ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 146

menneskerettighetskonvensjonens innflytelse på engelsk rett var da hovedsakelig begrenset til de tilfeller hvor Storbritannia ble dømt for krenkelse i EMD.¹¹⁸ Storbritannia har vært part i saker for Domstolen 462 ganger i perioden 1959-2011 (hvor det i 279 av sakene ble funnet minst ett konvensjonsbrudd).¹¹⁹ Foruten de tilfeller hvor domfellelse førte til endring av nasjonal lov, hadde EMK begrenset innflytelse på engelsk rett. Man hadde en presumsjon for at engelsk lovgivning var i tråd med EMK, og i visse tilfeller kunne konvensjonen anvendes som tolkingsmiddel for å avklare uklare lovregler.¹²⁰

Jeg vil i det følgende undersøke hvordan kravet til domstolenes uavhengighet blir oppfattet i England, om det har skjedd en utvikling av denne oppfatningen og i så fall hvilken rolle EMK spilte i den sammenheng. Deretter skal jeg undersøke konkrete momenter ved domstolenes uavhengighet slik situasjonen er i dag. Momentene vil i stor grad sammenfalle med de som ble vektlagt av EMD, men også andre momenter som har blitt trukket frem i engelsk litteratur vil vies litt oppmerksomhet. Målet med dette er å undersøke hvordan EMK art. 6 nr. 1 ivaretas i engelsk rett, samt danne et grunnlag for en komparasjon med norsk rett.

3.2 Prinsippet om domstolenes uavhengighet i England.

Som det ble sagt innledningsvis er den engelske statsforfatningen tuftet på et maktfordelingsprinsipp, om ikke et absolutt maktfordelingsprinsipp. Det sentrale er at den dømmende makt er separat fra de øvrige statsmakter.¹²¹ Derved kan man se en anerkjennelse av domstolenes uavhengighet i den engelske uskrevne forfatningen.¹²² Dette prinsippet kan man spore så langt tilbake som Magna Carta 1215, som i en rekke artikler foreskriver hvordan

¹¹⁸ Avgjørelsen i Sunday Times mot Storbritannia 26.april 1979 førte til Contempt of Court Act 1981 og Malone mot Storbritannia 2. August 1984 førte til Interception of Communications Act 1985, se også *Janis, Kay og Bradley* (2000), s. 492.

¹¹⁹ <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/>

¹²⁰ *Ward & Akhtar* (2008), s. 147, samt *R v Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Bibi (Salamat)* [1976] 3 All ER 843; [1976] 1 WLR 979, CA.

¹²¹ *Oliver* (2003), s. 330.

¹²² *Masterman* (2011), s. 207.

domstolene skal settes opp og hvem som kan dømme,¹²³ hvor siktemålet var å sikre en legitim juridisk prosess. Etter Stuartene hadde utnyttet domstolene til egen vinning gjennom det syttende århundret¹²⁴ ble det ved Act of Settlement 1701 fastsatt at «...*judges commissions be made quamdiu se bene gesserint, [...] but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them...*».¹²⁵ Det innebar at dommere skulle beholde sin stilling «*during good behaviour*» (*quamdiu se bene gesserint*) og kunne bare avskjediges etter vedtak fra Over- og Underhuset. Dette har man senere opprettholdt i Appellate Jurisdiction Act 1876 og Supreme Court Act 1981.¹²⁶ Derved ble dommernes særskilte stilling anerkjent ved lov. Foruten lovgivning har man i England kunnet vise til en rekke sedvaner og praksiser som på ulike måter skulle ivareta domstolene og dommernes uavhengighet; det var fast praksis at dommere måtte si opp eventuelle politiske verv ved inntredelse som dommer, habilitetsregler var fastsatt i common law, og man hadde regler om at parlamentsmedlemmer ikke skulle uttale seg om dommere eller domstolenes affærer, og da særlig pågående saker.¹²⁷ Gjennom lang tid ble sedvaner, praksis og lovgivning ansett for å ivareta domstolenes uavhengighet på en tilstrekkelig måte.¹²⁸ En klar vending i denne tankegangen skjedde etter Human Rights Act 1998, da EMK ble inkorporert i engelsk rett.

Det at domstolenes uavhengighet fra den utøvende makt fikk større oppmerksomhet etter inkorporeringen av EMK i nasjonal rett, må sees i sammenheng med domstolenes kompetanse til å foreta «judicial review». Ved «judicial review» skal domstolene etterprøve forvaltningsvedtak og andre avgjørelser tatt av den utøvende makt, og etter HRA ble området for denne prøvingen utvidet. Domstolene fikk større ansvar for å ivareta menneskerettighetene og vurdere om forvaltningen hadde handlet i samsvar med HRA.¹²⁹ Det skal i den

¹²³ Se blant annet Magna Carta 1215 artikkel 39 og artikkel 45 som krever «lawful judgment» og «...justices[...] who[...] know the law of the land and mean to observe it well...»

¹²⁴ Se *Baker (2007)*, s. 166 flg og under punkt 3.5.2.1.2

¹²⁵ Act of Settlement 1701 artikkel 3.

¹²⁶ Appellate Jurisdiction Act 1876 art. 6 og Supreme Courts Act 1981 art. 11(3) fastholder at dommere “shall hold his office during good behaviour» og kan kun avskjediges etter det er vedtatt at Over- og Underhuset.

¹²⁷ *Masterman (2011)* s. 207-209.

¹²⁸ Ibid. Disse momentene ble også fremhevet av Lord Irvine i en tale til “the Third Worldwide Common Law Judiciary Conference” i 1999, gjengitt i *Slapper & Kelly (2001)* på side 528-529.

¹²⁹ *Oliver (2003)*, s. 332. Se også *Malleson (1999)*, kapittel 2 hvor hun går nærmere inn på dommernes voksende politiske rolle.

sammenheng nevnes at domstolene ikke har mulighet for å tilsidesette engelsk lovgivning til fordel for EMK. Derimot må de utstede en «Declaration of Incompatibility»,¹³⁰ hvorpå parlamentet må ta stilling til om de skal endre loven.¹³¹

Den engelske oppfatningen av prinsippet om domstolenes uavhengighet, samt utviklingen som skjedde fra slutten av 1990-tallet kan belyses ved å se til juridisk teori. Kate Malleson argumenterte i boken *The New Judiciary* for å redefinere prinsippet om domstolenes uavhengighet fra «... *a constitutional imperative based on the separation between the branches of the state...*» til en snevrere oppfatning av prinsippet som «... *a means to an end of ensuring party impartiality in individual cases...*».¹³² Dette begrunnet hun blant annet med at den vide forståelsen av prinsippet har medført at dommerstanden bruker det som forsvar mot ethvert forsøk på endring eller utvikling av rettssystemet, og at det hindrer «accountability» i domstolsystemet.¹³³ Roger Masterman mener derimot at dette ikke er tilstrekkelig; for å sikre domstolenes uavhengighet både overfor de øvrige statsmakter og i den enkelte sak, er det nødvendig med strukturell og institusjonell separasjon. Dette begrunner han blant annet med nødvendigheten av å ivareta folkets tillit til domstolsystemet og staten generelt.¹³⁴

Dawn Oliver fremhever at domstolenes uavhengighet av de øvrige statsmakter er en forutsetning for en legitim juridisk prosess og for å sikre folkets tillit til domstolsystemet.¹³⁵ I følge Oliver innebærer uavhengighet at domstolene og den enkelte dommer, ikke skal være underlagt «*political forms of accountability*».¹³⁶ For å oppnå det er det nødvendig med et

¹³⁰ Human Rights Act 1998 section 4.

¹³¹ Human Rights Act 1998 section 10 og Schedule 2.

¹³² Malleson (1999), s. 74.

¹³³ Ibid. Argumentasjonen er oppsummert på side 73-74, men fremgår mer utfyllende på 69-73.

¹³⁴ Masterman (2011), s. 212.

¹³⁵ Oliver (2003), s. 332.

¹³⁶ Ibid s. 333.

sterkt stillingsvern, finansiell sikkerhet og institusjonell uavhengighet med hensyn til administrasjonen av domstolene.¹³⁷

Darbyshire & Eddey trekker frem stillingsvern, lønn, frihet fra ytre påvirkninger og administrasjon av domstolene som elementer ved domstolenes uavhengighet.¹³⁸

I tillegg til at temaet er diskutert i teorien, ble oppfatningen av domstolenes uavhengighet også omtalt av domstolene selv. I *Starrs v Ruxton*¹³⁹ var dette blant de sentrale punkter. Saken gjaldt bruken av midlertidige dommere («sheriffs») i Skottland og i sitt votum uttaler Lord Reed at prinsippet om domstolenes uavhengighet har utviklet seg over tid, og at det man tidligere la i prinsippet kanskje ikke lenger er akseptabelt.¹⁴⁰ Han fremhever at inkorporeringen av EMK innebar en klar endring i dette henseendet, og at de mekanismer man tidligere har lagt til grunn kanskje ikke lenger er tilstrekkelige for å sikre domstolenes uavhengighet.¹⁴¹

Etter Human Rights Act 1998 fant man således at de garantier man hadde i lov, sedvane og praksis kanskje ikke lenger var tilstrekkelig for ivaretagelsen av domstolenes uavhengighet. Man fremhevet at prinsippet også innebar institusjonell uavhengighet og det sentrale hensyn var folkets tillit til domstolene. Det var særlig to posisjoner som ble viet oppmerksom i den sammenheng, nemlig posisjonen som Lord Chancellor og posisjonene som dommere ved landets øverste domstol, Law Lords i House of Lords.

Posisjonen som Lord Chancellor var nokså ekstraordinær når man ser den i sammenheng med maktfordelingsprinsippet og domstolenes uavhengighet. Som Lord Chancellor var man del av den utøvende makt, og leder for domstolsystemet med mulighet for å sitte som dommer.¹⁴² I tillegg var Lord Chancellor «Speaker of the House of Lords», det vil si Overhuset i

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ *Darbyshire & Eddey (2001)*, s. 291-292.

¹³⁹ *Starrs v Ruxton*; sub nom *Starrs v Procurator Fiscal* 2000 JC 208; 2000 SLT 42

¹⁴⁰ Se utdrag av dommerens votum i *Masterman (2011)*, s. 213, samt *Oliver (2003)*, s. 331.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² *Masterman (2011)*, s. 214.

Parlamentet.¹⁴³ Med andre ord: Lord Chancellor hadde en fot i alle leire. På tiden for debatten rundt domstolenes uavhengighet var det et særlig problem at den sittende Lord Chancellor var nokså motvillig til å bøye seg for konvensjonen; han nektet blant annet å avstå fra å sitte som dommer, og ville heller ikke definere i hvilke typer saker han kunne og ikke kunne sitte som dommer.¹⁴⁴ Samtidig spilte han en stadig viktigere rolle i parti-politikken.¹⁴⁵ Posisjonen som Lord Chancellor ble forsvart med at den fungerte som et naturlig knutepunkt mellom de tre statsmaktene, og derved på ingen måte var en trussel mot domstolenes uavhengighet.¹⁴⁶

Posisjonen som Law Lord ble kritisert på grunn av den overlappende funksjon som dommer og lovgiver.¹⁴⁷ Innehaverne av disse stillingene kunne delta i lovgivningsprosessen og deretter dømme etter den samme loven de hadde vært med på å vurdere. Posisjonene var ikke regulert av lov, men av sedvane.¹⁴⁸ Man hadde flere eksempler på at en Law Lord hadde uttrykt sterke meninger under behandlingen av en lov eller et spørsmål i House of Lords, for deretter å dømme i en sak angjeldende den samme lov. Posisjonene ble forsvart med at den tosidige rolle på den ene side gav dommerne verdifull innsikt i hensikten med lovene, samt at de som lovgivere hadde innsikt i rettstilstanden.¹⁴⁹

To dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol gav kritikerne av Lord Chancellor og Law Lords ekstra skyts; *McGonnell*¹⁵⁰ og *Procola*.¹⁵¹ *McGonnell* var en sak mot Storbritannia hvor EMD fant brudd på EMK art. 6 nr. 1 ved at dommeren som hadde administrert saken ved «the Royal Court» på Guernsey, tidligere hadde deltatt ved

¹⁴³ *Ward & Akhtar* (2008), s. 19.

¹⁴⁴ *Masterman* (2011), s. 215.

¹⁴⁵ *Masterman* (2011), s. 214.

¹⁴⁶ *Ibid* s. 215.

¹⁴⁷ Se “Constitutional reform: A Supreme Court for the United Kingdom” s. 10-13 utgitt av Department for Constitutional Affairs juli 2003 og *Masterman* (2011) s. 216.

¹⁴⁸ *Masterman* (2011), s. 216-218

¹⁴⁹ *Ibid*.

¹⁵⁰ *McGonnell* mot Storbritannia, 8. Februar 2000.

¹⁵¹ *Procola* mot Luxemburg, 28. September 1995.

vedtakelsen av reguleringsplanen som la det rettslige grunnlaget for tvisten. Dette kunne, i følge EMD, så tvil ved dommerens objektive upartiskhet.¹⁵² I *Procola mot Luxemburg* hadde fire av fem medlemmer i Conseil d'Etat tidligere hatt en rådgivende rolle i forbindelse med den aktuelle ordren som Procola bestred. Denne dobbeltfunksjonen kunne, i følge EMD, så tvil om den objektive upartiskheten til Conseil d'Etat, og EMK art. 6 nr. 1 var derved krenket.¹⁵³

Dette innebar at også den todelte rollen som Law Lord og den tredelte rollen som Lord Chancellor kunne innebære konvensjonskrenkelse. Resultatet ble derfor at man reformerte domstolsystemet ved Constitutional Reform Act 2005. Ved reformen ble Lord Chancellor fratatt en rekke av sine oppgaver med hensyn til domstolene, og får ikke lenger sitte som dommer. I tillegg opprettet man en egen Høyesterett utenfor House of Lords, slik at dommerne ikke lenger er del av Parlamentet. Dette kommer jeg tilbake til i det følgende.

3.3 Det engelske rettssystemet.

3.3.1 Domstolene.

For å forstå det engelske rettssystemet er det hensiktsmessig å vite litt om domstolhierarkiet. Den følgende fremstilling vil kun vise hovedtrekkene, og er ingen uttømmende redegjørelse.

Man har hovedsakelig fire nivåer i domstolhierarkiet, og det avhenger av sakens gjenstand hvilket nivå den skal begynne på.¹⁵⁴ De mer alvorlige straffesakene starter som regel i «Crown Court», hvor den avgjøres med jury. Mindre alvorlige straffesaker starter i instansen under; «Magistrates Court». Sivile saker starter som regel i «County Courts», men det gjelder en rekke unntak fra dette uten at jeg går nærmere inn på de her. Dersom en sivil sak ikke skal starte i «County Courts», er førsteinstans «High Court of Justice». Denne domstolen består av tre avdelinger; «Queen's Bench Divison», «Chancery Divison» og «Family Divison». Man har også en rekke underavdelinger innenfor disse avdelingene igjen, for eksempel «Admiralty Court», som behandler saker om maritim rett.

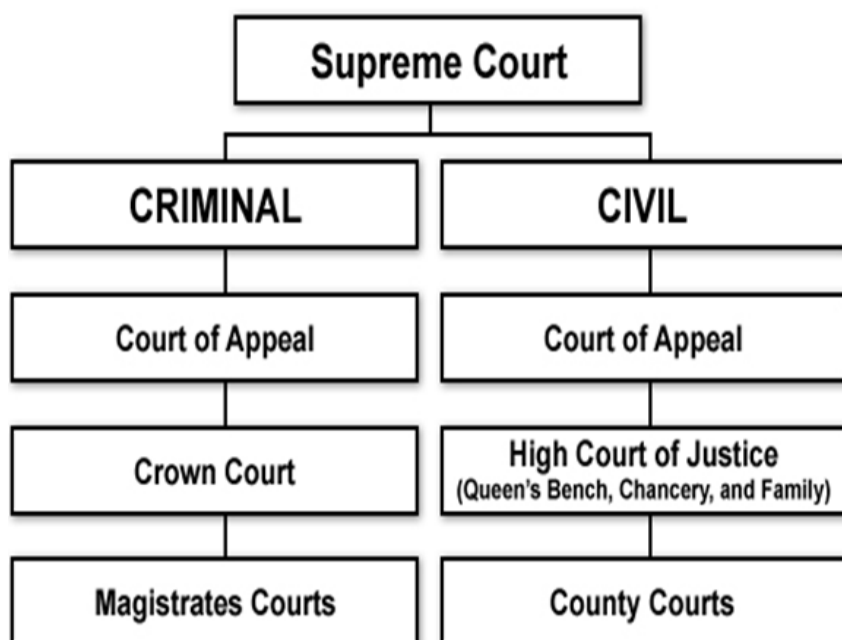
¹⁵² McGonnell para 57.

¹⁵³ Procola para 45.

¹⁵⁴ Hele gjennomgangen av domstolsystemet bygger på *Ward & Akhtar (2008)*, s. 253-273

På nivå over «High Court» har man «Court of Appeal», som er delt i en sivil og en strafferettslig avdeling. Denne domstolen er utelukkende ankeinstans. Det er en snever adgang til å anke saken videre til landets høyeste domstol, som nå er «Supreme Court». Tidligere var «House of Lords» øverste domstol, men dette ble endret ved Constitutional Reform Act 2005.

Engelske dommere blir stort sett ikke ansatt ved en bestemt domstol, men til et geografisk distrikt.¹⁵⁵ Dommerne kan så bli satt til å dømme ved den domstol hvor saken har sitt verneting, innenfor det distriktet de er ansatt i. Det er også en viss grad av mobilitet mellom nivåene.¹⁵⁶



Modell 1.1¹⁵⁷

3.3.2 Tribunaler.

I tillegg til domstolene innenfor domstolhierarkiet fremstilt ovenfor har man i England en rekke tribunaler med kompetanse til å avgjøre spesielle typer konflikter. Disse kan avgjøre

¹⁵⁵ Ward & Akhtar (2008), s. 259, 267 og 269.

¹⁵⁶ Ibid, s. 255,260,264,267 og 271.

¹⁵⁷ Hentet fra <http://law.duke.edu/lib/researchguides/english>

saker både mellom borger og stat og borgerne imellom.¹⁵⁸ Antallet tribunaler har økt kraftig i løpet av det siste århundret, mye på grunn av utvidelsen av velferdsstaten i England, og medfølgende regulering av stadig flere områder av samfunnslivet.¹⁵⁹ Som vi så under punkt 2.3.2 omfatter det autonome begrepet «*tribunal*» i EMK art. 6 nr. 1 også organer utenfor det ordinære domstolhierarkiet, såfremt disse organene har kompetanse til å avgjøre konflikter knyttet til borgerlige rettigheter og plikter (eller straffesaker) etter en angitt prosess og på grunnlag av lov i vid forstand. Det er derfor også nødvendig å undersøke disse tribunalene nærmere.

Tribunalene blir som sagt ikke ansett for å være del av det ordinære domstolhierarkiet, men er anerkjent som del av «*machinery for adjudication*».¹⁶⁰ Distinksjonen mellom de ordinære domstolene og tribunalene knytter seg til kompetanse. Mens de ordinære domstolene behandler en lang rekke type saker, har de enkelte tribunalene en særkompetanse til å avgjøre en bestemt type saker, og disse sakene alene.¹⁶¹ I tillegg blir prosessen for tribunalene ansett som uformell i forhold til de ordinære domstolene, og tribunalene tilbyr en lettere tilgjengelig, raskere og billigere saksgang.¹⁶² De fleste typer saker knytter seg til forvaltningsvedtak, med staten og et individ som parter, og kan gjelde nokså grunnleggende rettigheter.¹⁶³ De arbeidsrettslige tribunalene kan avgjøre saker mellom to private parter tilknyttet arbeidslivet.¹⁶⁴ Med unntak av Arbeidsretten («*Employment Appeal Tribunal*») anses tribunalene som underordnet de ordinære domstolene, og High Court kan føre tilsyn med tribunalenes avgjørelser.¹⁶⁵

¹⁵⁸ *Ingman (2008)*, s. 136

¹⁵⁹ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 291.

¹⁶⁰ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 291

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ward & Akhtar (2008)*, s. 291.

¹⁶³ *Ibid*, s. 292, hvor det blir nevnt asylsaker, saker om diskriminering og søknader om å bli løslatt fra tvungen forvaring.

¹⁶⁴ *Ingman (2008)*, s. 141-142.

¹⁶⁵ *Ibid*, s. 136.

3.4 Domstolsreform.

Som nevnt gjennomførte man på 2000-tallet reform av domstolsystemet i England.

Bakgrunnen for reform kan belyses ved å se hen til høringsnotatet utgitt i forbindelse med opprettelse av en ny høyesterett. I «*Constitutional reform: A Supreme Court for the United Kingdom*» utgitt av Department for Constitutional Affairs viser man til en intensjon om å modernisere forholdet mellom statsmaktene, og da særlig av hensyn til folkets forventning til domstolenes uavhengighet og åpenhet i sin virksomhet.¹⁶⁶ Under overskriften «*Why Change?*» stilles det spørsmål ved om det etablerte system er egnet til å ivareta folkets tillit til systemet og videre:

«...It is essential that our systems do all that they can to minimise the danger that judges' decisions could be perceived to be politically motivated. The Human Rights Act 1998, itself the product of a changing climate of opinion, has made people more sensitive to the issues and more aware of the anomaly of the position whereby the highest court of appeal is situated within one of the chambers of Parliament...»¹⁶⁷

Det vises deretter til at Human Rights Act 1998 og forpliktelsene som følger av EMK art. 6 innebærer at det ikke er tilstrekkelig med faktisk uavhengighet, men at den også må være synlig:

«...The Human Rights Act, specifically in relation to Article 6 of the European Convention on Human Rights, now requires a stricter view to be taken not only of anything which might undermine the independence or impartiality of a judicial tribunal, but even of anything which might appear to do so...»¹⁶⁸

Av disse uttalelsene kan vi se at særlig to momenter var viktig for reform; folkets tillit til og oppfatning av domstolene, samt forpliktelsene som fulgte med EMK via Human Rights Act 1998. Reformen ble gjennomført ved Constitutional Reform Act 2005, og innebar som nevnt

¹⁶⁶ «Constitutional reform: A Supreme Court for the United Kingdom» s. 10 utgitt av Department for Constitutional Affairs juli 2003

¹⁶⁷ Ibid s. 11.

¹⁶⁸ Ibid.

at man opprettet en ny høyesterett utenfor parlamentet, samt endret forholdet mellom Lord Chancellor og domstolene. De mer konkrete følgene vil gjennomgå i det følgende, så langt det er relevant for undersøkelsens tema.

3.5 Domstolenes uavhengighet i England.

3.5.1 De enkelte momenter ved kravet til domstolenes uavhengighet.

Som vi så under drøftelsen av EMK art. 6 nr. 1 legger EMD vekt på en rekke institusjonelle momenter ved vurderingen av om en domstol oppfyller kravet til uavhengighet, og mange av de samme momenter ble som vi så fremhevet av engelske rettsteoretikere. Det er med disse momentene som utgangspunkt jeg nå skal undersøke det engelske system slik det er i dag. Det første jeg skal undersøke er «*manner of appointment*» og «*term of office*», her under samlebetegnelsen «dommerutnevnelser». Deretter vil jeg undersøke dommernes stillingsvern, disiplin, instruksjonsmulighet, lønn og administrasjon av domstolene. Dette er momenter som kan utledes av EMD-praksis og juridisk teori om domstolenes uavhengighet. De enkelte momenter kan anses som del av det EMD overordnet betegner som «*safeguards against outside pressures*» og «*the appearance of independence*».

3.5.1.1 Dommerutnevnelser.

3.5.1.1.1 Dommerutnevnelser forut for Constitutional Reform Act 2005.

I 2005 gjennomførte man en reform av det engelske domstolsystemet, deriblant prosedyren for utnevning av dommere. Etter det tidligere systemet var ansettelseskompetansen avhengig av hvilken instans dommeren skulle ansettes til. Det var da slik at «district judges» til Crown Court og County Courts, ble utnevnt av Lord Chancellor.¹⁶⁹ Dronningen utnevnte dommere i High Court, «circuit judges», «recorders», «lay magistrates» (det vil si lekdommere i Magistrates' Courts) og fagdommerne i Magistrates' Courts, etter råd fra Lord Chancellor.¹⁷⁰ Dommerne i de høyeste domstolene, Court of Appeal og House of Lords ble utnevnt av

¹⁶⁹ Ingman (2008), s. 7.

¹⁷⁰ Darbyshire & Eddey (2001), s. 269-270.

Dronningen etter råd fra statsministeren.¹⁷¹ I praksis ga statsministeren råd etter å ha konferert med Lord Chancellor.¹⁷² Man ser derved at ansvaret for dommerutnevnelserne var samlet hos de øverste representantene for staten, hvorved Lord Chancellor spilte en sentral rolle.

3.5.1.1.2 Reform og det nye system for dommerutnevnelser.

Mot slutten av 1990-tallet ble dette systemet utsatt for kritikk. Uten at man stilte den enkelte dommers upartiskhet og funksjonelle uavhengighet i tvil, heller tvert i mot, mente man at systemet utad kunne virke utsatt for utilbørlig innflytelse:

*«... In a modern democratic society it is no longer acceptable for judicial appointments to be entirely in the hands of a Government Minister...».*¹⁷³

Det ble særlig fremhevet som et potensielt problem at hovedvekten av engelske dommer var hvite, middelaldrende menn fra middelklassen.¹⁷⁴ I tillegg ble prosessen for utnevnelserne kritisert for å være svært lite transparent.¹⁷⁵ Et ytterligere argument for å endre prosedyren for dommerutnevnelser var inkorporeringen av EMK og det medfølgende kravet til uavhengige og upartiske domstoler i artikkel 6 nr. 1.¹⁷⁶

Etter Sir Leonard Peach i 1999 gjennomførte en selvstendig gjennomgang av systemet og kom med anbefalinger til endringer, opprettet staten «Commission for Judicial Appointments».¹⁷⁷ I utgangspunktet var kommisjonens oppgave rådgivende og overvåkende, uten reell innflytelse på selve dommerutnevnelserne. I 2003 kom staten med et høringsnotat hvor det ble lagt frem forslag til videreutvikling av kommisjonen, og en rekke respondenter kunne komme med tilbakemeldinger på forslaget.¹⁷⁸ Staten hadde lagt frem forslag til tre

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ingman (2008), s. 7.

¹⁷³ Se Lord Falconers forord til Constitutional Reform: A New Way to Appoint Judges [2003].

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Partington (2010), s. 81.

¹⁷⁶ Ward & Akhtar (2008), s. 337.

¹⁷⁷ Partington (2010), s. 81.

¹⁷⁸ Constitutional Reform: A New Way of Appointing Judges, se Ward & Akhtar (2008) s. 337.

ulike typer kommisjoner; «Appointing Commission», «Recommending Commission» eller «Hybrid Commission»¹⁷⁹, hvor de selv gikk inn for «Recommending Commission».¹⁸⁰ Denne type kommisjon ville gjennomføre alt det forberedende arbeidet og komme med anbefalinger til den ansvarlige ministeren. Tilbakemeldingene på forslaget viste at man mente ministerens skjønn burde begrenses til et minimum.¹⁸¹ Det ble forøvrig rettet en interessant kritikk *mot* det å begrense ministerens skjønn; dersom dommere skulle utnevne dommere ble det ansett av kritikerne som det motsatte av demokrati, og for at dommere skulle ha den nødvendige demokratiske legitimitet burde de utnevnes av folkevalgte organer eller personer.¹⁸²

Til tross for visse kritiske røster medførte forslaget til opprettelsen av «Judicial Appointments Commission» (Kommisjonen eller JAC) med en helt sentral rolle i dommerutnevnesprosessen.¹⁸³ Kommisjonen står nå for den forberedende prosessen (utvelgelsesfasen) og avgir en anbefaling av en kandidat til Lord Chancellor.¹⁸⁴ Lord Chancellor har så en mulighet, om han ikke vil fremme kandidaten, til å avvise den anbefalte kandidaten, eller be Kommisjonen revurdere valget sitt.¹⁸⁵ Dette kan han bare gjøre et begrenset antall ganger slik at Kommisjonen tilsammen kun fremmer to eller tre kandidater.¹⁸⁶ På denne måten tar ikke Lord Chancellor lenger del i selve utvelgelsen, men hans rolle er i all hovedsak formalistisk.

Kommisjonen er klassifisert som «An Executive Non-Departmental Public Body»¹⁸⁷ og består av seks personer uten juridisk bakgrunn, fem dommere, en solicitor, en barrister, et

¹⁷⁹ Constitutional Reform: A New Way of Appointing Judges, s. 22-23.

¹⁸⁰ Ibid, s. 28.

¹⁸¹ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 338.

¹⁸² Ibid med videre henvisninger i note 170 der.

¹⁸³ Constitutional Reform Act 2005, Part 4 Section 61.

¹⁸⁴ Ibid part 3, section 27 og 28 om Supreme Court.

¹⁸⁵ Ibid section 29.

¹⁸⁶ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 340.

¹⁸⁷ Judicial Appointments Commission Framework Document, finnes på <http://jac.judiciary.gov.uk/about-jac/about-jac.htm>

tribunalmedlem og en lekdommer, hvorav en av ikke-juristene skal fungere som formann.¹⁸⁸ Kommisjonen er ikke direkte underlagt et departement, men er «sponset» av Justisdepartementet. I følge Kommisjonens «Framework Document»¹⁸⁹ punkt 12 er de ikke underlagt «the Crown». Selv om Kommisjonens arbeid nødvendigvis er knyttet opp mot Lord Chancellor, må de således kunne anses som et uavhengig organ, som ikke kan instrueres av noe departement eller annet organ under den utøvende makt. Kommisjonen fastsetter selv sine prosedyrer,¹⁹⁰ og det er Lord Chancellor som har ansvaret for å rapportere om Kommisjonens arbeid til Parlamentet.¹⁹¹ Prosessen for dommerutnevnelser skal nå være mer åpen for innsyn, og utvelgelsen skal ideelt sett fordre et større mangfold blant dommerstanden.¹⁹²

Anbefalingen av en kandidat skal skje på grunnlag av «merit» og «good character».¹⁹³ Kravene til hvilken kompetanse en kandidat må ha er endret med det nye systemet, slik at flere kandidater enn tidligere vil kvalifisere til dommerstillinger i de høyere domstolene.¹⁹⁴ Når Lord Chancellor er enig i anbefalingen eller har uttømt sine muligheter for å nekte, sender han en «recommendation» videre til Dronningen som foretar den formelle ansettelsen.¹⁹⁵ Dommere i de laveste domstolene blir ansatt av Lord Chief Justice.¹⁹⁶

Engelske dommere blir ansatt for livet «during good behavior»,¹⁹⁷ det vil si frem til de går av med pensjon eller dør. Før Act of Settlement 1701 var dommerne formelt monarkens tjenere. Fra Stuartene tok over kongedømmet i 1603 skjedde det en negativ utvikling ved at en rekke

¹⁸⁸ *Ingman (2008)*, s. 8.

¹⁸⁹ Se note 187.

¹⁹⁰ «Framework Document» punkt 29.

¹⁹¹ Se «Framework document» punkt 21.

¹⁹² *Ibid* punkt 18.

¹⁹³ Constitutional Reform Act 2005, Part 4 chapter 2 section 63.

¹⁹⁴ *Partington (2010)*, s. 82.

¹⁹⁵ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 340-341, det at Dronningen foretar den formelle ansettelsen følger av Constitutional Reform Act 2005 Schedule 3.

¹⁹⁶ Courts Act 2003 section 10.

¹⁹⁷ «quamdiu se bene gesserint» Act of Settlement 1701 og Constitutional Reform Act 2005 section 33.

dommere som ikke opptrådte i henhold til Stuartenes oppfatning, ble avsatt eller tvunget ut i pensjon.¹⁹⁸ Domstolene ble etter hvert ansett av folket som «*an instrument of prerogative rule*».¹⁹⁹ William III, den siste av Stuartene, ble anbefalt å ansette dommere for livstid, og dette ble til slutt lovfestet ved Act of Settlement.²⁰⁰ Med Act of Settlement 1701 ble livstidsansettelse *quamdiu se bene gesserint* lovfestet, og dommernes uavhengighet fra monarkens innflytelse ytterligere sikret.

Unntatt fra livstidsansettelse er «*recorders*», som er deltidsansatte og blir ansatt for en begrenset periode; nå 5 år. Tidligere var ansettelsestiden for «*recorders*» 3 år, men dette ble endret til 5 år i 2000. Foranledningen for endringen var *Starrs v Ruxton*²⁰¹ hvor ordningen med midlertidige dommere ble funnet å være i strid med EMK art. 6 nr. 1.²⁰² Sakens faktum gjaldt bruk av midlertidige dommere («*sheriffs*») i Skottland, men man fant at det også måtte gjelde «*recorders*».²⁰³ Advokater (*solicitors* og *barristers*) med minst 10 års erfaring kan søke stilling som «*recorder*» og disse dømmer i Crown Court eller County Court.²⁰⁴ Minstetiden for alle midlertidige dommerstillinger i England er etter dette 5 år.

To paragrafer i CRA 2005 åpner for bruk av midlertidige dommere i Supreme Court. Etter CRA 2005 section 38 kan lederen for Supreme Court be om at en dommer fra landets høyeste domstoler sitter som «*acting judge*» i Supreme Court. Dette gjelder også medlemmer av «*Supplementary Panel*», hvilket jeg kommer tilbake til. Etter CRA s 38 (4) skal vedkommende for den periode han sitter som «*acting judge*» anses som høyesterettsdommer som vanlig, men etter s 38 (5) omfatter dette ikke lovbestemmelser angående ansettelse, lønn eller ed. Det er ingen bestemmelser i CRA 2005 som regulerer når det er adgang til å be om at noen sitter som «*acting judge*». I høringsnotatet om reformen av House of Lords ble det

¹⁹⁸ *Baker (2007)*, s. 166 flg.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Starrs v Ruxton*; sub nom *Starrs v Procurator Fiscal* 2000 JC 208; 2000 SLT 42

²⁰² *Ward & Akhtar (2008)*, s. 344.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-in-detail/judicial+roles/judges/recorder>

antydning at det ved behandling av noen saker kan være behov for å tilkalle dommere med en særskilt kompetanse innenfor et rettsområde, og dette kan være tanken bak CRA 2005 38 og 39.²⁰⁵

Etter CRA 2005 section 39 skal det opprettes et «Supplementary Panel» bestående i all hovedsak av medlemmer fra House of Lords med juridisk bakgrunn. Panelet skal fungere som et supplement til de 12 faste medlemmene av Supreme Court, og medlemmer fra dette panelet kan bli spurt om å sitte som midlertidig eller konstituert høyesterettsdommer etter CRA 2005 section 38.²⁰⁶ Båndet mellom Høyesterett og House of Lords ble derved ikke brutt fullstendig ved vedtakelsen av CRA 2005.

Som vi så under punkt 3.3.2 er det i tillegg til de ordinære domstolene en rekke tribunaler med kompetanse til å avgjøre saker på et særlig bestemt område. Det ble også for disse organene et spørsmål om prosedyren for å utnevne dommerne var i samsvar med EMK art. 6 nr. 1.

Tidligere ble dommerne i tribunalene plukket ut fra et utvalg av fagekspert utnevnt av ministre fra de ulike departementene, avhengig av tribunalets kompetanseområde.²⁰⁷ Siden disse dommernes oppgave i hovedsak er å avgjøre konflikt mellom borger og staten, ble det stilt spørsmål ved om dette var i tråd med prinsippet om domstolenes uavhengighet.²⁰⁸

Spørsmålet kom opp i saken *Scanfuture Ltd v Secretary of State for Trade and Industry*,²⁰⁹ men staten hadde forutsett dette, og endret prosedyren for utnevnelser innen det forelå rettskraftig dom i saken.²¹⁰ De fleste dommerne i særtribunalene blir nå valgt av Judicial Appointments Commission og Lord Chancellor.²¹¹

²⁰⁵ “Constitutional reform: A Supreme Court for the United Kingdom” utgitt av Department for Constitutional Affairs juli 2003 på side 24.

²⁰⁶ *Masterman (2011)*, s. 225.

²⁰⁷ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 292.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Scanfuture Ltd v Secretary of State for Trade and Industry* [2001] ICR 1096, [2001] IRLR 416.

²¹⁰ *Ward & Akhtar (2008)*, s. 292-293.

²¹¹ *Ibid.*, s. 293.

3.5.1.2 Garantier mot ytre påvirkning og den synlige uavhengighet.

De øvrige momentene EMD vektla knyttet til domstolenes uavhengighet, i tillegg til «*manner of appointment*» og «*term of office*», var som vi så i forrige del av undersøkelsen «*safeguards against outside pressures*» og «*appearance of independence*». Dette er momenter som består av en rekke delelementer, hvor vurderingen har vært nært knyttet til sakens konkrete faktum. Med grunnlag i drøftingen av disse momentene, omtalt under punkt 2.3.3 iii-iv, vil jeg i det følgende vurdere de sentrale delelementene, samt noen momenter som ikke kan utledes av EMD-praksis, men som ble fremhevet i juridisk teori.

3.5.1.2.1 Dommernes stillingsvern.

Som det har blitt fremhevet tidligere er det en forutsetning for uavhengige dommere og domstoler at dommerne ikke kan avskjediges fritt av den utøvende makt. Som det fremgikk av forrige avsnitt blir engelske dommere nesten uten unntak ansatt på livstid «*during good behaviour*». Muligheten for å avskjedige engelske dommere er i tillegg svært begrenset; etter Act of Settlement 1701 kan dommere kun avskjediges hvor det har blitt vedtatt av både Under- og Overhuset i Parlamentet.²¹² Dette gjelder den dag i dag for landets tre øverste domstoler; Supreme Court, Court of Appeal og High Court. Man har ingen eksempler fra moderne tid på at en engelsk dommer har blitt avsatt på denne måten, og i følge Loveland kan dette kun skje «*after the judge has committed a crime or engaged in some gross form of misbehavior*»²¹³ Når det gjelder dommere i de lavere domstoler (circuit judges og lavere) kan disse avskjediges ved avgjørelse av Lord Chancellor i enighet med Lord Chief Justice, på grunnlag av «*incapacity or misbehaviour*».²¹⁴ Dette har man sett eksempler på i nyere tid; Keith Bruce Campbell ble i 1983 avsatt etter han ble dømt for smugling av 125 liter whisky og 9000 sigaretter.²¹⁵ Det vanligste er derimot at dommerne sier opp før de rekker å få sparken; Angus MacArthur sa opp sin stilling som circuit judge etter han for tredje gang ble

²¹² Act of Settlement artikkel 3. Ward & Akhtar (2008), s. 343.

²¹³ Ward & Akhtar (2008) s. 343 og Loveland (2012) s. 55.

²¹⁴ Ward & Akhtar (2008), s. 343 med videre henvisning i fotnote 210 der, til de aktuelle lovbestemmelsene som regulerer dette.

²¹⁵ Darbyshire & Edey (2001), s. 289.

dømt for fyllekjøring.²¹⁶ Man har ingen lovbestemmelse med definisjon av hva som anses som «*misbehaviour*», så det er opp til Lord Chancellor og Lord Chief Justice å ta den avgjørelsen.²¹⁷ Dommernes stillingsvern må etter dette sies å ha stått sterkt lenge før inkorporeringen av EMK i engelsk rett. Det har vært et av de punktene hvor man ikke hadde særlig debatt etter HRA, tvert i mot ble stillingsvernet trukket frem som argument for at det var tilstrekkelig vern om dommernes uavhengighet.

Når det gjelder dommerne ved de mange tribunalene har de fått et styrket stillingsvern ved Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007; mens det tidligere var i stor grad opp til Lord Chancellors skjønn å avgjøre om dommeren fikk beholde sete eller ikke, er det nå lovfestet at disse dommerne kun kan avskjediges på grunnlag av «*inability*» eller «*misbehaviour*».²¹⁸ Avgjørelsen tas av Lord Chancellor i samråd med Lord Chief Justice.²¹⁹

3.5.1.2.2 Disiplin.

Når dommerne er sikret et sterkt stillingsvern vil offentlighetens tillit til rettssystemet kreve at man har andre sanksjoner enn avskjedigelse mot dommere som ikke opptrer på en akseptabel måte. Tidligere var det alene Lord Chancellor som hadde til oppgave å behandle klager på dommere, eller ta tak i hendelser hvor dommere har opptrådt på en støtende måte. Etter CRA 2005 er det ikke lenger Lord Chancellor som alene har ansvaret for disiplinen av dommere; Lord Chief Justice kan i samråd med Lord Chancellor gjennomføre disiplinærtiltak mot en dommer.²²⁰ Den dommeren som blir utsatt for disiplinærtiltak kan på sin side be Ombudsmannen om å gjennomgå saken, dersom han mener han feilaktig har blitt pålagt disiplinærtiltaket.²²¹ Ordningen etter CRA 2005 ivaretar således på den ene side folkets tillit til domstolene, ved at dommere som opptrer på en uakseptabel måte kan pålegges sanksjoner,

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid. Det fremgår der at man i alle fall kan legge til grunn at alvorlige lovbrudd vil kvalifisere som “*misbehaviour*”.

²¹⁸ Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 Schedule 2 s 4 (2)

²¹⁹ Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 Schedule 2 s 4 jf. s 3 (4).

²²⁰ CRA 2005 section 108.

²²¹ CRA 2005 section 110-111.

på den andre side er dommerne ivaretatt ved at denne avgjørelsen ikke alene ligger i «politiske hender» og de kan få en tredjepart, Ombudsmannen, til å gjennomgå saken og derved ivareta deres rettigheter.

3.5.1.2.3 Instruksjonsmulighet og plikten til å forsvare domstolenes uavhengighet

Hverken lovgiver eller forvaltningen i England har (naturlig nok) rett til å instruere domstolene i deres dømmende virksomhet. Lovgivers innflytelse på rettstilstanden skjer alene via Act of Parliament. Illustrerende for dette er at inntil 1993 hadde domstolene strengt sett bort i fra «the Hansard» ved tolking av lovene.²²² The Hansard er britenes svar på forarbeider, og er en gjengivelse av parlamentets debatt ved behandling av loven.²²³ Et av argumentene for dette var at man ikke hadde rett til å foreta en rettslig vurdering av det som ble sagt innenfor Parlamentets fire vegger.²²⁴ I dommen *Pepper v Hart*²²⁵ åpnet man derimot for at de i visse tilfeller kunne legge vekt på hva som ble uttalt av ministeren som fremmet loven, dersom det ga svar på et uklart begrep, uttrykk eller lignende i loven. Dette innebærer naturlig nok ikke at Parlamentet nå kan instruere domstolene ved uttalelser i forbindelse med lovbehandling, og det ville heller ikke ha fungert da adgangen til å se hen til «the Hansard» er svært snever. Det foregående illustrerer kun et poeng; i sin dømmende funksjon er domstolene meget selvstendige og lite mottakelige for instruksjoner. Dette blir i all hovedsak også respektert av lovgiver og forvaltningen.

Det ble ved vedtakelsen av CRA 2005 fastsatt et lovbestemt vern mot utilbørlig innflytelse fra den utøvende makt. Forut for CRA 2005 fulgte det av sedvane og regler for medlemmene av parlamentet et forbud mot å uttale seg om dommere eller konkrete saker så lenge det ikke forelå rettskraftig dom.²²⁶ Etter CRA 2005 section 3 pålegger det nå ministerne et særlig ansvar for å «...*uphold the continued independence of the judiciary*...».²²⁷ Dette ansvaret

²²² *Ward & Akhtar* (2008), s. 69-70.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1993] AC 593; [1993] 1 ALL ER 42, HL

²²⁶ *Oliver* (2003), s. 334.

²²⁷ Constitutional Reform Act 2005, section 3 (1)

påligger Lord Chancellor og andre ministre med ansvar for saker tilknyttet domstolene eller administrasjonen av rettsvesenet.²²⁸ Det følger av paragrafens punkt 4 flg. at dette ansvaret medfører en plikt for Lord Chancellor og de øvrige ministre ved at de «... *must not seek to influence particular judicial decisions through any special access to the judiciary...*».²²⁹ Man har derved en lovbestemt plikt til å avstå fra å forsøke å instruere eller påvirke domstolene i enkeltsakene. I tillegg påligger det Lord Chancellor en særlig plikt til å forsvare domstolenes uavhengighet og sørge for tilstrekkelig støtte til domstolene for at de skal kunne ivareta sin funksjon.²³⁰ Plikten til å forsvare domstolene eller dommerne lå tradisjonelt til Lord Chancellor også før vedtakelsen av CRA 2005, men fulgte da av sedvane. I sin artikkel «*The Constitutional Reform Act 2005—defending judicial independence the English way*» beskriver Diane Woodhouse denne forsvarsplikten som todelt; for det første var det en plikt til å forhindre staten i å foreslå lovgivning eller anvende sin makt til å undergrave «... *the rule of law or the administration of justice...*».²³¹ Denne plikten ble gjennomført utenfor offentlighetens innsyn i kabinettmøter, og var avhengig av Lord Chancellors overtalelsesevner, anseelse blant kabinettmedlemmene og muligheten gitt av statsministeren til å utøve denne plikten i møtene.²³² For det andre innebar plikten at Lord Chancellor skulle forsvare den enkelte dommer, hvor dennes avgjørelser og integritet ble utsatt for urettferdig eller uberettiget offentlig kritikk, inkludert kritikk fra ministre.²³³ Utførelsen av denne plikten var avhengig av Lord Chancellors bedømmelse av behovet for og hensiktsmessigheten av å gå dommerne i forsvar, selv hvor det kunne innebære at hans egen jobb i kabinettet ble vanskeliggjort.²³⁴ Av artikkelen til Woodhouse fremgår det videre at det i løpet av de siste to tiår har fremkommet flere klager på at plikten ikke har vært tilstrekkelig ivaretatt av de ulike Lord Chancellorene. Blant annet ble det fremsatt klager på at Lord Chancellor Mackay ikke

²²⁸ Ibid.

²²⁹ CRA 2005 section 3 (5)

²³⁰ CRA 2005 section 3 (6) a) og b).

²³¹ Woodhouse (2007), s. 159. <http://icon.oxfordjournals.org/search?fulltext=Woodhouse&submit=yes>

²³² Ibid.

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid.

hadde domstolenes interesser i tankene da det ble fremmet forslag om å reformere sivildomstolene og rettsprofesjonen.²³⁵ Videre ble det stilt spørsmål ved Lord Chancellors vilje til å forsvare dommerne da en rekke dommere ble utsatt for utstrakt kritikk fra politikerne Michael Howard på 1990-tallet.²³⁶ Tilsvarende da Mackays etterfølger Lord Irvine forholdt seg taus under angrep på enkelte dommere på begynnelsen av 2000-tallet.²³⁷ Hvorvidt CRA 2005 og lovfestingen av Lord Chancellors plikt til å forsvare domstolene og dommerne hadde noen innvirkning på den enkelte Lord Chancellors faktiske vilje til å ivareta denne plikten er usikkert; i 2006 ble det offentlig debatt angående en sak for domstolene. Craig Sweeney var dømt til livstid for barnemisbruk, men minstestrafen ble av dommeren satt til 5 år og 108 dager. Dette ble kritisert av en rekke parlamentsmedlemmer og ministre, som offentlig stilte spørsmål ved dommerens kompetanse.²³⁸ Daværende Lord Chancellor, Lord Falconer var treg med å uttale seg om dette, og «the Constitution Committee» bemerket i etterkant følgende om denne episoden;

*«...The Sweeney case was the first big test of whether the new relationship between the Lord Chancellor and the judiciary was working properly, and it is clear that there was a systemic failure...»*²³⁹

Denne episoden hendte året etter vedtakelsen av CRA 2005, men med tanke på at Lord Chancellors plikt til å forsvare domstolene i CRA 2005 section 3 (6) i realiteten kun var en kodifisering av en allerede bestående plikt kan man vanskelig skylde på tilpasningsproblemer. Diane Woodhouse argumenterer for at de radikale endringene innført ved CRA 2005 på posisjonen som Lord Chancellor medfører at han ikke lenger er egnet til å ivareta denne plikten.²⁴⁰ Hun fremhever særlig det forhold at Lord Chancellor ikke lenger trenger å være en

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ *Masterman (2011)*, s. 224.

²³⁹ Sitat hentet fra *Masterman (2011)*, se side 224 for videre henvisninger.

²⁴⁰ *Woodhouse (2007)*, s. 160.

person med juridisk bakgrunn, men kan være en politiker og at hans oppgaver ikke lenger fordrer den samme lojaliteten overfor domstolene.²⁴¹

De samme pliktene som påligger ministrene og Lord Chancellor etter CRA 2005 tilknyttet domstolenes uavhengighet gjelder også for de mange tribunalene; etter Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 s 1 gjelder CRA 2005 s 3 også for tribunalene omfattet av Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007.

3.5.1.2.4 Lønn.

Dersom dommere er sikret tilstrekkelig lønn kan det fungere som en ytterligere beskyttelse mot utilbørlig press fra utenforstående. Dersom dommere får svært dårlig betalt kan det øke risikoen for bestikkelser og korrupsjon.²⁴² Men det er også et problem dersom den utøvende makt står fritt til å styre lønningene, da det kan medføre at dommere tilpasser seg forvaltningen i sin dømmende gjerning. Stefan Trechsel anvender et uttrykk i sammenheng med drøftingen av «*manner of appointment*», som også kan være illustrerende i denne sammenheng; «*Wes Brot ich ess, des Lied ich sing*», hvilket Trechsel oversetter til «*I sing the song of the person whose bread I eat*».²⁴³

Engelske dommere er sikret mot fluktuerende lønninger ved lov. Det følger av Administration of Justice Act 1973 section 9 at Lord Chancellor fastsetter lønningene, men at han kun har fullmakt til å øke lønningene. Dette gjelder likevel ikke fullt ut; lønningene til dommere i de høyeste domstolene blir fastsatt etter anbefaling fra Senior Salaries Review Body (SSRB).²⁴⁴ Dette organet avgir også anbefalinger angående lønningene til andre høytstående arbeidstakere i staten på uavhengig grunnlag.²⁴⁵ Dommernes lønninger blir betalt ut av Consolidated fund, hvilket innebærer at de kan forhøyes administrativt, men det må en Act of Parliament til for å redusere de.²⁴⁶ Fra 1.april 2012 var lønnen til høyesterettsdommerne £

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Trechsel (2005), s. 55, diskuterer dette i forbindelse med “term of office”.

²⁴³ Ibid s. 54.

²⁴⁴ http://www.ome.uk.com/Senior_Salaries_Review_Body.aspx

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Oliver (2003), s. 333.

206 857, mens for en District Judge i Magistrates' Court var lønnen £ 102,921. Lønningene i alle instanser må således sies å ligge på et respektabelt nivå.

I Magistrates' Court sitter det ved behandlingen av mindre alvorlige saker lekdommere kalt Justices of the Peace. Disse er ufaglærte og ulønnede, men er til gjengjeld kun forpliktet til å sitte tjueseks «half-days» per år.²⁴⁷ De mottar ikke ordinær lønn, men kan kreve godtgjørelse for reise- og livsopphold, samt økonomisk tap som følge av arbeidet.²⁴⁸

Mange av dommerne i tribunalene er samtidig dommere i andre domstoler. Etter Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 Schedule 2 s 5 og Schedule 3 s 5 kan de motta betaling i form av godtgjørelse eller få dekt utgifter i forbindelse med stillingen fra Lord Chancellor.

3.5.1.2.5 Administrasjon av domstolene.

Flere fremstillinger av domstolenes uavhengighet trekker frem administrasjon av domstolene som et relevant moment.²⁴⁹ Det kan være problematisk om det er opp til forvaltningen å fordele saker, eller styre domstolene administrativt, da det kan benyttes som et middel for å sikre et resultat de ønsker.²⁵⁰

I en rapport fra 2001 konkluderte Sir Andrew Leggatt at de mange *særtribunalene* ikke kunne beskrives som et system, men mer en tilfeldig samling tribunaler, administrert av ulike departementer med ulike prosedyrer og uten særlig sammenheng.²⁵¹ For å skape et bedre system skapte man med Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 et to-instans system, hvor de fleste tribunalene ble samlet som underavdelinger i instansene.²⁵² Man dannet «The Tribunals Service» som fikk det administrative ansvaret for tribunalene, «The Administrative Justice and Tribunals Council» med tilsynskompetanse overfor tribunalene og «The Senior President of Tribunals» som leder for alle tribunalene.²⁵³ På denne måten skapte man et

²⁴⁷ Ward & Akhtar (2008), s. 270.

²⁴⁸ Courts Act 2003 section 15.

²⁴⁹ Darbyshire & Eddey (2001), s. 292, Malleson (1999), s. 47 flg.

²⁵⁰ Malleson (1999) nevner på side 48 eksempler fra ulike land hvor dette har skjedd.

²⁵¹ Ward & Akhtar (2008), s. 295.

²⁵² Ibid, s. 296.

²⁵³ Ibid s. 297-298.

sammenhengende system, hvor ansvar og ettersyn er sørget for gjennom konkrete organer og posisjoner.

I april 2011 slo man sammen «The Tribunals Service» med administrasjonen av de ordinære domstolene.²⁵⁴ Tidligere lå det administrative ansvaret for domstolene hos Lord Chancellor, før det ved CRA 2005 i all hovedsak ble tillagt Lord Chief Justice.²⁵⁵ I 2011 valgte man å samle alle domstoler og tribunaler under «Her Majesty's Courts and Tribunals Service»(HMCTS), et eget organ som formelt er underlagt Ministry of Justice.²⁵⁶ Dette organet er nå formelt styrt som et samarbeid mellom Lord Chancellor, Lord Chief Justice og Senior President of Tribunals. Man har også opprettet et eget styre for organet, som har ansvaret for den løpende driften av virksomheten.²⁵⁷

3.6 Oppsummering.

Engelsk rett har utviklet seg gradvis over tid, med lite innflytelse utenfra. Som jeg slo fast innledningsvis er medlemskapet i EU det store unntaket fra dette. Etter den foregående redegjørelse må det kanskje sies å være nok et unntak, nemlig inkorporasjonen av EMK i nasjonal rett. Vedtakelsen av Human Rights Act 1998 førte nærmest til et paradigmeskifte; frem til EMK ble del av engelsk rett hadde man ansett prinsippet om domstolenes uavhengighet som tilstrekkelig ivaretatt gjennom lovgivning, common law og sedvane. Etter HRA 1998 ble det stilt spørsmål ved om disse mekanismene var tilstrekkelige, både av engelske rettsteoretikere og av domstolene. Blant annet som en følge av at EMD i *Procola* og *McGonnell* stilte seg kritiske til overlappende roller som dommer og lovgiver eller del av utøvende makt, valgte man å reformere to tradisjonelle institusjoner i den engelske staten; Lord Chancellor og House of Lords. I tillegg gjennomgikk man prosedyren for dommerutnevnelser, blant annet på grunnlag av kravene i EMK art. 6. Dette ble i all hovedsak gjennomført ved Constitutional Reform Act 2005. Utover 2000-tallet fortsatte

²⁵⁴ <http://www.justice.gov.uk/about/hmcts>

²⁵⁵ CRA 2005 sections 5 og 7.

²⁵⁶ Her Majesty's Courts and Tribunals Service Framework Document punkt 1.1, Hentet fra <http://www.justice.gov.uk/publications/corporate-reports/hmcts>

²⁵⁷ Ibid punkt 1.6

reformasjonsånden, og man gjennomgikk systemet med særtribunaler og anerkjente deres plass i den dømmende makt med Courts, Tribunals and Enforcement Act 2007. Senere har dette blitt ytterligere styrket ved at administrasjonen av domstolene og tribunalene nå er samlet under ett organ, Her Majesty's Courts and Tribunals Service.

I sin bok «*The Independence of the judiciary: the view from the Lord Chancellor's office*» beskriver Robert Stevens en «kamp» mellom domstolene og staten forøvrig hvor domstolenes uavhengighet blir skjøvet foran som forsvar mot statlig innblanding. Boken knytter seg til perioden ca 1900-1960, og baserer seg på dokumenter fra kontoret til Lord Chancellor. Det er særlig problematikken rundt utnevnelser av dommere som blir fremhevet, domstolenes innvirkning på politikken og vice versa, samt bruken av dommere til andre oppgaver en rent dømmende i rettssalen. Boken til Robert Stevens illustrerer at domstolenes uavhengighet ikke er et nytt tema som oppstod med menneskerettighetskonvensjonene rundt 1950, men kan fremstå som en het potet som har blitt skjøvet hit og dit uten endelig avklaring av prinsippets innhold og krav. I England tok man lange skritt på veien mot en avklaring etter 1998; særlig var vedtakelsen av Constitutional Reform Act 2005 og Courts, Tribunals and Enforcement Act 2007 en anerkjennelse av den institusjonelle side ved uavhengighetsprinsippet. At inkorporasjonen av EMK var (i det minste del av) foranledningen til reformene utover 2000-tallet kan neppe fornektes. At det var atypisk for britene å la seg påvirke av internasjonal rett på denne måten er utvilsomt. Det tar oss over i neste del av denne fremstillingen; for mens britene er kjent for å skape sin egen rett, har vi i Norge mottatt internasjonal rett med åpne armer og øyne. Vi har sett hvilken innvirkning EMK hadde på engelsk rett, det neste spørsmålet blir så; hva med Norge?

Kapittel 4 Norsk rett.

4.1 Innledning.

Etter å ha undersøkt hvordan kravet til domstolenes uavhengighet blir ivaretatt i England, blir temaet i det følgende hvordan kravet er ivaretatt i Norge. Vi tar her det samme utgangspunktet som i forrige kapittel, nemlig hvilke krav man kan utlede av EMK art. 6 nr. 1, på bakgrunn av praksis fra EMD. Som vi så i forrige kapittel har man også utviklet andre momenter av betydning for domstolenes uavhengighet, hovedsakelig gjennom juridisk teori. Dette er momenter som disiplin, lønn og administrasjon av domstolene. For denne fremstillingen er det interessant å undersøke også disse momentene i norsk kontekst, særlig med tanke på at

EMK er «*a living instrument*» som utvikler seg over tid og gjennom EMD-praksis.²⁵⁸ Det kan tenkes at EMD etter hvert vil stille strengere krav til uavhengighet i tråd med samfunnsutviklingen. Man har blant annet sett at anvendelsesområdet for EMK art. 6 har utviklet seg fra å omfatte de tradisjonelle sivil- og strafferettslige sakene til for eksempel å omfatte saker som faller inn under offentlig rett, slik som saker om trygdeytelser. Det er derfor ikke utenkelig at kravene til domstolenes uavhengighet også vil videreutvikles.

Det skal kort sies litt om forholdet mellom EMK og Norge. I likhet med England legger man i Norge til grunn det dualistiske prinsipp. På visse områder var EMK likevel del av norsk rett også før inkorporasjonen ved Menneskerettsloven av 1999. På sivil- og straffeprosessens område var folkerett inkorporert ved særlige bestemmelser, og kunne ved motstrid gå foran norsk rett.²⁵⁹

Den 30.juni 1964 avga Norge formell erklæring om anerkjennelse av EMDs myndighet til fortolkning og anvendelse av EMK. Sammenlignet med England har EMD behandlet relativt få saker mot Norge. Den første saken mot Norge som gikk til behandling av EMD var E mot Norge i 1990.²⁶⁰ Totalt har det vært behandlet 32 saker mot Norge i perioden 1959-2012, hvorav man i 22 av sakene har funnet krenkelse av en minst en konvensjonsbestemmelse.²⁶¹

Før vi går nærmere inn på de enkelte momenter EMD har oppstilt for vurderingen av domstolenes uavhengighet er det hensiktsmessig å undersøke hvilken posisjon dette prinsippet har hatt i norsk rett.

4.2 Prinsippet om domstolenes uavhengighet i Norge.

Prinsippet om domstolenes uavhengighet kan spores langt tilbake i norsk rettshistorie.²⁶² Det ble enstemmig og ubestridt vedtatt som sjettenne grunnsetning ved grunnlovsarbeidet på Eidsvoll,

²⁵⁸ Aall (2011), s. 37 og 42.

²⁵⁹ Fulgte av Straffeprosessloven § 4 og tvistemålsloven § 36 a.

²⁶⁰ E. mot Norge, 29.august 1990.

²⁶¹ Hentet fra <http://hudoc.echr.coe.int>

²⁶² Holmøyvik (2012) s. 109 flg.

men ikke eksplisitt inntatt i Grunnloven.²⁶³ Derimot har man lagt til grunn at prinsippet følger implisitt av enkelte bestemmelser i Grunnloven, samt kapittelinnstillingen med et eget kapittel om «Den Dømmende Magt». Prinsippet om domstolenes uavhengighet har man ment kommer til uttrykk ved bestemmelser som Grl. § 22 andre ledd som fastslår at embetsmenn ikke kan avsettes uten etter dom, § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans, og § 90 som fastsetter at høyesterettsdommer ikke kan ankes.²⁶⁴ Vi kjenner igjen denne tilnærmingen fra engelsk rett, hvor man forut for HRA 1998 mente domstolenes uavhengighet var tilstrekkelig ivarettatt ved lov, common law og sedvane.²⁶⁵ Det at Grunnloven legger til grunn at domstolene skal være uavhengige har det lenge vært enighet om i Norge. Aschehoug skrev i 1893 følgende;

*«Vor Grundlov har utvivlsomt ligesom de nord-amerikanske sluttet seg til den Anskuelse, at den dømmende Magt er forskjellig fra den udøvende.»*²⁶⁶

Aschehoug går videre inn på ulike støtteargumenter for dette, bl.a at det Adler-Falsenske grunnlovskkastet hadde en paragraf som ga uttrykk for ren maktseparasjon, at grunnlovens kapittelinnstilling behandler den dømmende makt i eget avsnitt og grunnlovens deling mellom Riksretten og Høyesterett, med sistnevnte som endelig instans i alle saker som ikke hører under Riksretten.²⁶⁷ Aschehoug peker også på det faktum at den dømmende makt i praksis var «*udsondret som en egen Myndighedsart*» allerede forut for Grunnloven 1814, og at Grl. § 88 var ment å kodifisere Høyesteretts posisjon. Han viser til at alle saker, med unntak av svært små saker og krigsrettsaker, kunne ankes til Høyesterett og at lovgivningsmyndigheten ikke fritt kunne unndra noen sakstyper fra Høyesteretts behandling, for eksempel ved å tillegge Regjeringen eller et departement dømmende myndighet.²⁶⁸ Allerede forut for

²⁶³ Riksforsamlingen vedtok 16.april 1814; «*Den Dømmende Magt bør være særskildt fra den lovgivende og udøvende*», se *Andenæs/Fliflet* (2006), s. 71.

²⁶⁴ Det ble foreslått å ha en egen paragraf om *dommeres* uavsettelighet, men dette ble i stedet inkorporert i § 22 som gjelder *embetsmenn*, se *Holmøyvik* (2012) s. 120.

²⁶⁵ Se punkt 3.2.

²⁶⁶ *Aschehoug* (1893), s. 305

²⁶⁷ *Ibid*, s. 305-306

²⁶⁸ *Ibid*, s. 308-309.

Grunnloven, og særlig uttrykt i Grl. § 88, kunne man se en klar funksjonsdeling, hvor den dømmende myndighet alene lå hos domstolene og Høyesterett i siste instans.

Cirka 70 år senere skriver Castberg følgende om domstolenes uavhengighet:

*«Dommerne kan ikke instrueres av kongen om utøvelsen av sin dommergjerning. Dette følger av grunnlovens hele system, hvorefter den dømmende myndighet er adskilt fra den utøvende og lovgivende.»*²⁶⁹

Castberg skriver om hvordan funksjonsdelingen mellom særlig domstolene og utøvende makt klart er kommet til uttrykk i Grunnloven, og viser til Grl. § 20 som gir kongen benådningsrett etter domstolene har behandlet saken ferdig, og §§ 88 og 90 som stenger for revisjon av dommer.²⁷⁰ Castberg viser også til at domstolene er uavhengige av Stortinget, og at eventuelle stortingsuttalelser om konkrete rettsspørsmål ikke er bindende for domstolene.²⁷¹

Litteraturen om domstolenes uavhengighet har fokusert på funksjonsdelingen mellom domstolene på den ene side og de øvrige statsmakter på den andre. Fokuset har vært rettet mot at domstolene (Høyesterett) skal ha siste ord i saker som tilhører deres kompetanse, og at dommerne er sikret et særskilt stillingsvern i Grunnloven § 22 andre ledd. I likhet med England har man kunnet vise til enkeltbestemmelser som, når de settes i sammenheng, er dekkende for prinsippets innhold. I det følgende skal jeg undersøke om dette også er holdbart når vi tar utgangspunkt i den forståelse EMD har lagt til kravet om uavhengige domstoler.

4.3 Organisasjonen av domstolene i det norske rettssystemet.

4.3.1 Domstolene og domstollignende organer.

Når vi nå skal se hvordan kravet til domstolenes uavhengighet er ivaretatt i Norge må vi først undersøke *hvilke domstoler* som omfattes av konvensjonen. Kriteriene for at et organ skal anses som «*tribunal*» i henhold til konvensjonen er at det har til funksjon å avgjøre saker med bindende virkning, i kraft av sin kompetanse gitt på grunnlag av rettsregler, og etter en rettslig

²⁶⁹ Castberg (1964) s. 153.

²⁷⁰ Ibid s. 154.

²⁷¹ Ibid.

forankret prosess. I tillegg må sakene domstolene behandler materielt sett falle innenfor anvendelsesområdet for EMK art.6 nr.1.

Vi vil se i det følgende at ikke bare de ordinære domstolene omfattes av konvensjonen, men også andre organer som ikke blir ansett som domstoler i norsk rett. Det ordinære domstolsystemet anses som velkjent for de fleste, så gjennomgangen av systemet i det følgende vil være kortfattet. Det blir så vurdert hvilke organer utenfor det ordinære system som vil omfattes av konvensjonens begrep «*tribunal*».

De norske domstolene er organisert som et hierarkisk system, med tre instanser; tingrettene som første instans, lagmannsrettene som andre instans og Høyesterett som tredje og siste instans.²⁷² Disse domstolene har kompetanse til å behandle alle typer rettsvister som ikke er særlig unntatt ved lov. I tillegg til de ordinære domstolene har vi noen særdomstoler som er anerkjent i domstoloven; jordskifterettene, Riksretten, konsulrettene og «de overordentlige domstoler».²⁷³ Av disse særdomstolene er det hovedsakelig jordskifterettene som er i daglig virksomhet.

Jordskifterettene avgjør saker angående eiendomsforhold, og er regulert av Lov om jordskifte 21. desember 1979 nr. 77 (jordskifteloven), samt visse bestemmelser i Lov om domstolene av 13.august 1915 nr. 5 (domstoloven eller dstl.). Av domstoloven § 2 følger eksplisitt at jordskifterettene er å anse som særdomstol. Sakene for jordskifterettene kan virke inn på private parters eiendomsrett, og faller således innenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1, se blant annet *Ringeisen*-dommen.²⁷⁴ Jordskifterettens avgjørelser kan ha bindende virkning og kompetansen kan utledes av blant annet jordskifteloven. Prosessen er også regulert i jordskifteloven. Foruten at jordskifterettene er definert ved lov som særdomstol, oppfyller de uansett kravene til «*tribunal*» i henhold til begrepets autonome betydning.

²⁷² Domstoloven § 1 og Grl. § 88.

²⁷³ Domstoloven § 2. «Overordentlige domstoler» kan nedsettes som ad hoc organer i tråd med dstl. § 29. Det er kun i lovbestemte tilfeller det er adgang til å nedsette slike, se dstl § 29.

²⁷⁴ Eiendomsretten er også vernet etter Protokoll til EMK, artikkel 1 «protection of property», i kraft fra 1954.

Et organ som spiller en stadig større rolle i rettspleien er forliksrådet. I en rekke typer sivile saker skal partene først innom forliksrådet før de får prøve saken for tingretten.²⁷⁵ Forliksrådet har begrenset domsmyndighet, og er kategorisert som en meklingsinstitusjon. Forliksrådet kan i visse tilfeller avsi dom med bindende virkning,²⁷⁶ og er underlagt regler i domstolloven og tvisteloven kapittel 6 om kompetanse og prosess. Det faktum at det kun sitter lekfolk i forliksrådet kan ikke være til hinder for at det anses som «*tribunal*»²⁷⁷ all den tid EMD har slått fast at kravene i EMK art. 6 nr. 1 også gjelder lekfolk som deltar i rettsprosessen.²⁷⁸ I henhold til EMK art.6 nr. 1 må forliksrådet således anses som et tribunal som har kompetanse til å avgjøre en tvist om borgerlige rettigheter og plikter og det er derfor nødvendig å undersøke om også disse organene oppfyller kravet til uavhengighet.

4.3.1.1 Domstollignende organer.

Etter vilkårene oppstilt av EMD for hva som anses som «*tribunal*» etter konvensjonen, vil også en rekke andre organer kunne omfattes av EMK artikkel 6 nr. 1. Dette må vurderes særskilt ut ifra en reell vurdering av de enkelte organene, og ikke basert på hva de er klassifisert som i nasjonal rett.²⁷⁹

Arbeidsretten

Arbeidsretten er et organ som avgjør saker om kollektive arbeidsvilkår, regulert i eller utenom tariffavtaler. Rettens virkeområde, kompetanse og saksbehandling er regulert i Lov om Arbeidstvister av 27.januar 2012 nr. 9 (arbeidstvistloven). Arbeidsretten har ikke formell

²⁷⁵ Tvisteloven av 2005 (tv1.) § 6-2.

²⁷⁶ Tv1. § 6-10.

²⁷⁷ Antydnet av *Line Ravlo* i artikkelen «Forliksrådene- en ordning i samsvar med EMK?» publisert i Juristkontakt 1999 nr. 3 s. 26 flg.

²⁷⁸ I *Sander mot Storbritannia*, 9.mai 2000, para 22 slår EMD fast at upartiskhet-kravet også gjelder juryen. I *Campbell og Fell-dommen* var det ikke noe krav om at medlemmene av Board of Visitors var jurister, men to medlemmer skulle være Justices of the Peace, en dommerstilling som i seg selv ikke krever juridisk utdanning, se *Ward & Akhtar (2008)*, s. 270, om Board of Visitors se dommen para32.

²⁷⁹ I *Le Compte, Van Leuven og De Meyere-saken* gjennomgår Domstolen de faktiske karakteristika ved et «tribunal» i para 55. Den formelle betegnelse var således ikke avgjørende.

status som domstol, men omtales som særdomstol i forarbeidene til arbeidstvistloven.²⁸⁰

Sakene for Arbeidsretten faller materielt sett innenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1, all den tid en avgjørelse kan virke bestemmende på den enkeltes arbeidsrettslige rettigheter og plikter, både på arbeidstaker og arbeidsgiversiden. Partene for Arbeidsretten er hovedsakelig private, og kan være en fagforening mot en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening.²⁸¹

Det er også slik at staten kan være part i en sak for Arbeidsretten, og dette reiser særlige spørsmål.²⁸² Det var lenge slik at tvister om offentlige tjenesteforhold ble holdt utenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1. Som vi så under punkt 2.2.1 har EMD lagt til grunn at hvor staten selv har åpnet for en domstolsprøving for offentlige ansatte må EMK art.6 nr. 1 komme til anvendelse.²⁸³ I Norge har man ikke stengt for at slike saker kan prøves ved domstolene, slik at EMK art. 6 nr. 1 kommer tilsvarende til anvendelse i slike saker for Arbeidsretten.

Arbeidsrettens avgjørelser kan i svært begrenset grad overprøves av ordinære rettsinstanser. I henhold til Arbeidstvistloven § 58 (5) kan Arbeidsrettens avgjørelse ankes til Høyesteretts ankeutvalg på det grunnlag at Arbeidsretten ikke hadde domsmyndighet til å avgjøre saken, jf. også Rt. 2012 s. 1702. Det kan også ankes over kjennelser som avviser saken i Arbeidsretten, og en som ikke er part, men som blir pålagt plikter eller ilegges straff- eller omkostningsansvar kan anke denne beslutningen eller kjennelsen.²⁸⁴ I og med at Arbeidsrettens dommer ikke kan overprøves at et organ med full jurisdiksjon, må den etter konvensjonspraksis fylle vilkårene i EMK art. 6 nr. 1.²⁸⁵

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker.

²⁸⁰ Innst. 91 L (2011-2012) side 2. Arbeidsretten nevnes derimot ikke i domstolloven § 2 om særdomstoler.

²⁸¹ Arbeidstvistloven § 35.

²⁸² Lov om offentlige tjenestetvister av 1958 § 24.

²⁸³ Vilho Eskelinen mfl. mot Finland, 19.april 2007, para 62.

²⁸⁴ Arbeidstvistloven § 58 (1) og (2).

²⁸⁵ Fastsatt i Le Compte, Van Leuven og De Meyere, para 51 som omtales nærmere nedenfor. Om full jurisdiksjon se punkt 2.3.4.

Et organ som ikke blir ansett som særdomstol, men som også har en dømmende funksjon er fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Fylkesnemndene er statlige forvaltningsorganer som avgjør saker om barnevernstiltak, og personer med psykiske lidelser eller rusmiddelavhengighet.²⁸⁶ Sakene for fylkesnemndene kan medføre svært inngripende tiltak overfor familier og enkeltpersoner, og gjelder således rettigheter som i seg selv er beskyttet av EMK, blant annet i EMK artikkel 8 om rett til vern av privat- og familieliv. Det er således klart at sakene angår «*civil rights and obligations*» og faller innenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1.

Det neste spørsmålet som oppstår er om det er et konvensjonskrav at fylkesnemndene oppfyller kravene i art. 6 nr. 1, eller om staten har adgang til å opprette domstollignende organer som ikke er bundet at rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 6 nr. 1.²⁸⁷ For det første må det kunne legges til grunn at fylkesnemndene i henhold til momentene oppstilt av EMD må anses som et «*tribunal*». Fylkesnemndene kan treffe bindende avgjørelser innenfor sitt kompetanseområde fastsatt ved lov, og gjør dette etter en rettslig forankret prosess.²⁸⁸ Til tross for dette følger det av EMD-praksis at det ikke er noe krav at en sak om «*civil rights and obligations*» på ethvert trinn i prosessen er avgjort av et organ som fullt ut oppfyller kravene i artikkel 6 nr. 1;

*«... Whilst Article 6 par. 1 (art.6-1) embodies the «right to court»(...) it nevertheless does not oblige the Contracting states to submit “contestations”(disputes) over “civil rights and obligations” to a procedure conducted at each of its stages before “tribunals” meeting the Article’s various requirements. Demands of flexibility and efficiency, which are fully compatible with the protection of human rights, may justify the prior intervention of administrative or professional bodies and, a fortiori, of judicial bodies which do not satisfy the said requirements in every respect...»*²⁸⁹

²⁸⁶ Barnevernloven av 1992 inneholder en rekke bestemmelser hvor vedtakskompetanse er lagt til fylkesnemnda, se for eksempel § 4-8. For andre saker enn barnevernsaker se Helse- og omsorgstjenestloven av 2011 § 9-11.

²⁸⁷ Tilsvarende vurdering ble foretatt i *Kjønstad (red.)* (2002), side 319 flg.

²⁸⁸ Bvl kapittel 7.

²⁸⁹ Le Compte, Van Leuven og De Meyere, para 51.

Forutsetningen for at en slik ordning godtas er at dette organets avgjørelser kan etterprøves av et organ som oppfyller kravene i artikkel 6, og har full jurisdiksjon.²⁹⁰ Hva som menes med «full jurisdiksjon» er drøftet under punkt 2.3.4. For fylkesnemndenes vedkommende er det således ikke noe krav at de oppfyller kravene i artikkel 6 nr. 1, all den tid deres avgjørelser kan prøves fullt ut av domstolene. I henhold til tvisteloven § 36-5 kan tingretten prøve alle sider ved fylkesnemndenes avgjørelser, det vil si både fakta og juss, og kan erstatte fylkesnemndas avgjørelse med sin egen.

Det kan anføres at man til tross for dette, *burde* stille krav til rettssikkerheten i fylkesnemndene. Fylkesnemndene behandler saker som er svært viktige for partene, det handler om familieliv og personlig integritet. Dette, sammenholdt med rent prosessøkonomiske hensyn, tilsier at man ikke legger opp til en prosess hvor man nærmest er nødt til å gå til tingretten for å være sikker på å få en behandling i tråd med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper. Dette synspunkt finner man for øvrig støtte for i NOU 2005:9, hvor man gjennomgikk blant annet saksbehandlingen i fylkesnemndene:

*«... Selv om det ikke skulle være påkrevd av hensyn til Norges folkerettslige forpliktelser, kan det- som lovgivningspolitisk linje- etter forholdene være grunn til å velge de løsninger som best harmonerer med de hensyn som den enkelte konvensjonsbestemmelse springer ut av, eller tar sikte på å beskytte...»*²⁹¹

Selv om man således har sterke grunner for å stille krav til blant annet uavhengighet i fylkesnemndene, vil dette ikke bli drøftet i denne sammenheng. Siden det ikke er et konvensjonskrav at fylkesnemndene oppfyller kravene i EMK art. 6 nr. 1, må jeg av hensyn til undersøkelsens omfang avgrense mot fylkesnemndene. Jeg vil dog understreke nok en gang de sterke hensyn som taler for at fylkesnemndenes organisasjon og saksbehandling *bør* oppfylle de grunnleggende rettsikkerhetsgarantier som følger av EMK art. 6 nr. 1.

Trygderetten

²⁹⁰ Forutsettes videre i dommen para 51, hvor Domstolen understreker at både fakta og juss må ha blitt vurdert at et tribunal som oppfyller kravene i artikkel 6 nr. 1.

²⁹¹ NOU 2005: 9 på side 29.

Trygderetten er et organ med begrenset domsmyndighet til saker som gjelder ulike trygderettigheter. Trygderetten er regulert av Lov om anke til Trygderetten av 16. desember 1966 (trrl.), og har i likhet med Arbeidsretten ikke formell status som domstol. Trygderettens virkeområde har et klart forvaltningsrettslig preg idet den skal avgjøre saker mellom private parter og forvaltningsorganer om den privates trygderettigheter. Som vi så under punkt 2.2.1 har utviklingen i EMD-praksis ført til at saker om trygderettigheter nå anses som «*civil rights and obligations*».²⁹² Sakene Trygderetten behandler faller således innenfor anvendelsesområdet for EMK art. 6 nr. 1.

Trygderettens kompetanse og prosessregler er gitt ved lov, og deres avgjørelser kan ha bindende virkning. Saker som faller innunder virkeområdet for Trygderetten skal behandles av Trygderetten før den kan behandles av de ordinære domstolene.²⁹³ Trygderettens avgjørelse ankes direkte inn for lagmannsretten.²⁹⁴ Trygderetten må etter dette også omfattes av det autonome begrepet «*tribunal*».

Det er etter EMDs uttalelser i *Le Compte, van Leuven og De Meyere*, usikkert hvorvidt det er et krav at Trygderetten oppfyller alle garantiene i EMK art. 6 nr. 1.²⁹⁵ Det uttales der at staten kan opprette forvaltningsorganer som avgjør saker om borgerlige rettigheter og plikter uten at de oppfyller alle garantiene i EMK art. 6 nr. 1. Forutsetningen er at muligheten må stå åpen for å få denne avgjørelsen overprøvet av et organ med full jurisdiksjon og som oppfyller garantiene. Etter dette skulle det ikke være et konvensjonskrav at Trygderetten oppfyller garantiene i EMK art. 6 nr. 1, all den tid dens avgjørelser kan overprøves av de ordinære domstolene. Lagmannsretten har etter sikker rett mulighet til å vurdere både faktum og juss, men ikke «*forvaltningens frie skjønn*».²⁹⁶ Således står Trygderettens avgjørelser ikke i noen særskilt stilling i forhold til andre forvaltningsavgjørelser. Nå er likevel realiteten den at Trygderetten skiller seg fra ordinære forvaltningsorganer på grunnleggende punkter;

²⁹² Se utviklingen fra *Feldbrugge mot Nederland*, 29. mai 1986 til *Schuler-Zraggen mot Sveits*, 24. juni 1993 og *Salesi mot Italia*, 26. februar 1993, omtalt under punkt 2.2.1

²⁹³ Trrl. § 1 nr. 3.

²⁹⁴ Trrl. § 23 andre ledd.

²⁹⁵ *Le Compte, van Leuven og De Meyere* para 51, omtalt ovenfor under drøfting av fylkesnemndene.

²⁹⁶ Rt. 2001 s. 995 på side 1000.

organisasjonen og saksbehandlingen tilsvarer for en stor del domstolenes, deres avgjørelser ankes ikke til tingretten men direkte til lagmannsretten, og det er slått fast at den skal ha status som et «frittstående organ».²⁹⁷ Ankelovutvalget foreslo opprinnelig at Trygderetten skulle ha status som domstol, men protester fra ulike hold medførte at den «bare» fikk status som frittstående organ.²⁹⁸ Selv om Trygderetten formelt står i tilnærmet samme stilling som fylkesnemndene omtalt ovenfor, er de faktiske forhold slik at de to organene reelt sett ikke kan sies å stå i samme stilling. Av disse grunner er det hensiktsmessig også å vurdere om Trygderetten oppfyller kravet til uavhengighet.

Utlendingsnemnda

Til slutt skal det nevnes at Utlendingsnemnda også er et organ som i henhold til konvensjonens autonome begrep vil klassifiseres som et «tribunal». Utlendingsnemnda kan ta avgjørelser med bindende virkning på grunnlag av rettsregler og etter en rettslig forankret prosedyre.²⁹⁹ Når dette organet likevel ikke blir omfattet av den følgende redegjørelse er det fordi de saker nemnda behandler faller utenfor anvendelsesområdet for EMK artikkel 6 nr. 1.³⁰⁰ EMD har slått fast at ved saker om utvisning av utlendinger er det ikke snakk om «civil rights» i henhold til EMK art. 6 nr. 1, derimot er prosessuelle garantier i slike saker ivaretatt gjennom Protokoll nr. 7 til EMK, artikkel 1.³⁰¹

4.4 Domstolsreform.

Ved kongelig resolusjon 8.mars 1996 oppnevnte man et utvalg med det mandat å undersøke domstoladministrasjonen i Norge. Kommisjonen skulle undersøke prinsipielle fordeler og ulemper ved den gjeldende administrasjonsordningen av domstolene. I tillegg skulle kommisjonen vurdere særskilt den gjeldende prosedyren for dommerutnevnelser, bruk av midlertidige dommere og klage- og disiplinærordning. Mandatet ble senere utvidet til også å

²⁹⁷ Ot.prp.nr 5 (1966-67) s. 20.

²⁹⁸ Øie (2010), s. 23, se også Eckhoff/Smith (2010), s. 528

²⁹⁹ Jf. Utlendingsloven av 2008 kapittel 10 og 11.

³⁰⁰ Aall (2011), s. 371, se særlig Maaouia mot Frankrike, 5.oktober 2000.

³⁰¹ Se Maaouia para 38.

omfatte dommeres sidegjøremål.³⁰² Kommisjonen skulle undersøke dette med det mål å videreutvikle systemet og eventuelt komme med forslag til alternative løsninger. Undersøkelsen og forslag skulle skje i lys av folkerettslige forpliktelser og særlig menneskerettighetskonvensjonene.³⁰³

Carsten Smith, lederen av Domstolkommisjonen, har skrevet om blant annet bakgrunnen for domstolsreformen.³⁰⁴ Han viser til utviklingen av Justisdepartementet, som gjennom de siste par tiår før reformen fikk et utvidet administrativt ansvar for domstolene, og for straffesakskjeden spesielt. I det henseendet var det viktig å bevare domstolenes særskilte stilling som kontrollorgan.³⁰⁵ Videre hadde Justisdepartementet utviklet seg fra primært å være et fagdepartement til å bli mer politisk, og derved oppstod et ekstra behov for å skille domstolene fra partipolitikken i departementet.³⁰⁶ Dette setter han i sammenheng med utviklingen i samfunnet, hvor man har gått fra å måle en institusjons legitimitet ut fra formell myndighet til å vektlegge reell tillit.³⁰⁷ Til slutt begrunner han behovet for reform ved å se på den internasjonale utviklingen, og da særlig Danmark (og Island) som rett forut for den norske reform gjennomførte sin egen reform med å skille domstolene administrativt ut fra utøvende makt.³⁰⁸

I NOU 1999:19 kapittel 5 foretok domstolkommisjonen en gjennomgang av de grunnleggende hensyn og prinsipper som lå til grunn for deres arbeid. Dette er av interesse her fordi det viser hvilke hensyn som måtte veies opp mot hverandre ved vurderingen av domstolenes administrative ordning. De helt overordnede hensynene var *demokratihensynet* og

³⁰² Utvidelse ved kongelig resolusjon 11.oktober 1996. Hele kommisjonens mandat er beskrevet i NOU 1999:19 Domstolene i samfunnet, s. 4-7.

³⁰³ Mandatet punkt 4.

³⁰⁴ Carsten Smith «Domstoladministrasjonen- bakgrunn og prinsipper for reformen» foredrag ved den offisielle åpning av Domstoladministrasjonen i Trondheim 11. november 2002, publisert i JV 2003 s. 1.

³⁰⁵ Ibid s. 3-4.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid s. 4.

³⁰⁸ Ibid s. 4-5.

uavhengighetshensynet.³⁰⁹ Forholdet mellom demokratihensynet og uavhengighetshensynet kan være motstridende, for idet demokratihensynet tilsier at folket ved Stortinget skal ha en viss innflytelse på enhver offentlig myndighetsutøvelse, tilsier uavhengighetshensynet at domstolene med sin særskilte stilling må være unntatt styring av en annen statsmakt som kan virke inn på den dømmende funksjon. Det operasjonelle ordet her er *funksjon*.

Domstolkommisjonen knytter nemlig i stor grad hensynenes styrke til de ulike funksjonene domstolene utøver.³¹⁰ For eksempel står uavhengighetshensynet særlig sterkt ved enhver utøvelse av den dømmende funksjon. Den dømmende funksjon kan videre inndeles i ulike typer; i) domstolene er konfliktløsningsorgan som staten stiller til disposisjon for borgerne, ii) domstolene skal i en del saker foreta en vurdering av lovers grunnlovsmessighet, iii) domstolene skal kontrollere forvaltningsutøvelsens lovmessighet og iv) domstolene har siste ord i saker om offentlig utøvelse av tvang overfor en borger.³¹¹ I alle disse sammenhengene er det helt åpenbart at domstolene må utføre funksjonene uten påvirkning av de øvrige statsmakter, og særlig åpenbart er det i henhold til ii)-iv) hvor de andre statsmakter er direkte involvert.

Demokratihensynet gjør seg særlig gjeldende ved alle deler av domstolenes virke som *ikke* er omfattet av punktene i)-iv).³¹² Domstolkommisjonen påpeker at demokratihensynet (og hensynet til samordning av statlig virksomhet) tilsier at de ikke-dømmende sider ved domstolenes virke er underlagt en viss styring enten av Stortinget direkte, eller indirekte via Regjeringen som er underlagt parlamentarisk kontroll.³¹³

Man ser holdepunkter for ivaretagelsen av hensynene også i den tidligere ordningen; domstolene var administrativt underlagt Justisdepartementet, og således underlagt en statsråd som var parlamentarisk ansvarlig overfor Stortinget.³¹⁴ På den andre side var en rekke sider

³⁰⁹ NOU 1999:19 side 110-111.

³¹⁰ Ibid s. 111.

³¹¹ I NOU 1999:19 på side 117-119 gjennomgås domstolenes funksjoner.

³¹² Ibid, side 120-122.

³¹³ Ibid, se særlig side 122 om parlamentarisk ansvar.

³¹⁴ Se NOU 1999:19 s. 144 flg, og *Andenæs/Fliflet (2006)*, side 196 flg om parlamentarisme.

ved domstolenes uavhengighet sikret i Grunnloven, særlig dommernes særskilte stillingsvern ved krav om dom i Grl. § 22 andre ledd, og Grl. § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans.

Det «moderne element» i grunnlaget for domstolsreformen, var *tillitshensynet*. Det er, som kommisjonen uttrykker, en grunnleggende forutsetning for domstolenes utøvelse av sin dømmende funksjon at de har tillit hos folket.³¹⁵ Tillitshensynet har kommet inn med vesentlig styrke som følge av samfunnsendringer. Kommisjonen peker på at grunnlaget for statlige organers legitimitet og autoritet i samfunnet har endret seg.³¹⁶ Tidligere var det tilstrekkelig at organet hadde formell autoritet og et maktapparat bak seg for at det skulle respekteres av befolkningen. Samfunnet har nå utviklet seg slik at man har en større grad av skepsis overfor statlige organer, og de må derfor søke autoritet og legitimitet ved andre midler, særlig *synlig kvalitet* i virksomheten.³¹⁷ Kommisjonen fremhever at det ikke er tilstrekkelig at domstolene faglig holder mål, og for øvrig oppfyller generelle krav til virksomheten; dette må i tillegg være synlig for borgerne.³¹⁸ Igjen kjenner vi igjen argumentasjon fra både EMD og engelsk rett; «*Justice must not only be done, it must be seen to be done*».³¹⁹ I England hvilte en stor del av argumentasjonen for domstolsreform nettopp på ønsket om å ivareta folkets tillit til domstolene.³²⁰ Tillitshensynet kan også settes i sammenheng med både demokrati- og uavhengighetshensynet; en domstolorganisasjon som er bygget slik at det er underlagt en viss parlamentarisk kontroll fordrer tillit hos folket, da man kan føre kontroll med virksomheten og foreta endringer hvor det er nødvendig. Samtidig må denne domstolorganisasjonen være bygget på en slik måte at kontrollen ikke har styrende effekt på utøvelsen av den dømmende funksjon, da dette vil kunne svekke folks tillit

³¹⁵ NOU 1999:19 side 137.

³¹⁶ Ibid side 136.

³¹⁷ NOU 1999:19 side 136.

³¹⁸ Ibid, side 137.

³¹⁹ En maksime som blir gjentatt både av EMD, se Campbell og Fell para 81, Delcourt para 31, og i engelsk juridisk teori f eks *Masterman* (2011), s. 212.

³²⁰ Se for eksempel forord av Lord Falconer til «Constitutional Reform: a new way of appointing judges» side 3-4.

betydelig. Det er helt klart snakk om en hårfin balansegang som kan være vanskelig å gjennomføre i praksis.

I kommisjonens mandat fremgår det eksplisitt at vurderingene skal foretas i lys av Norges folkerettslige forpliktelser. Blant disse var Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, som ble inkorporert ved lov samme år som kommisjonen la frem resultatet av sitt arbeid. I England så vi at argumentasjonen rundt reformen var nært knyttet til forpliktelsene etter HRA 1998, som gjorde EMK del av engelsk rett. I sitt arbeid var domstolkommisjonen også bevisst våre folkerettslige forpliktelser; i kapittel 4 i NOU 1999:19 gjennomgås internasjonale og utenlandske ordninger, deriblant EMK art. 6. Senere i rapporten vurderer kommisjonen om forslagene til endringer er i strid med EMK art. 6, noe de gjennomgående finner at de ikke er. Derav kan man se at innfallsvinkelen til EMK er nokså forskjellig fra engelsk rett; i England lå EMK til grunn for reform, mens i Norge hadde EMK mer status som et underordnet regelsett man også måtte ta hensyn til.

Kommisjonen gjennomførte et grundig utredningsarbeid og anbefalte en rekke endringer, hvorav mange ble gjennomført ved lovendring 15.juni 2001 nr. 62. Av de mest «radikale» endringene var opprettelsen av den sentrale domstoladministrasjon (DA) med sete i Trondheim, som ble opprettet ved tilføyelsen av kapittel 1 A til domstolloven. I tillegg endret man prosedyren for dommerutnevnelser, med innføring av et eget Innstillingsråd underlagt DA, og man opprettet et eget tilsynsorgan med ansvar for klage- og disiplinærordningen for dommere, Tilsynsutvalget. Disse endringene blir mer utførlig drøftet under de enkelte momenter knyttet til uavhengighetskravet. Ved disse endringene mente kommisjonens flertall at man styrket domstolenes uavhengighet, og minsket muligheten for at båndene mellom særlig Justisdepartementet og domstolene kunne føre til «overslag» av påvirkning på den dømmende funksjon.

4.5 Domstolenes uavhengighet i Norge.

Ved Menneskerettsloven av 1999 ble Den europeiske menneskerettighetskonvensjon inkorporert i norsk rett. Siktemålet i det følgende er å undersøke hvorvidt Norge oppfyller de forpliktelser det medførte med hensyn til domstolenes uavhengighet i EMK art. 6 nr. 1.

4.5.1 Dommerutnevnelser.

4.5.1.1 Embetsdommere.

Som vi så under redegjørelsen av EMK artikkel 6 nr. 1 om kravet til domstolenes uavhengighet la EMD vekt på bl.a. «*manner of appointment*» og «*term of office*». Disse momentene blir her fremstilt under samlebetegnelsen dommerutnevnelser. I dette vilkåret la man vekt på hvordan og av hvem dommere blir utnevnt, og på hvilke vilkår.

Vi har sett at man i Norge har foretatt en gjennomgang og endring av domstolsadministrasjonen. En av konsekvensene av denne endringen var at man endret på prosedyren for dommerutnevnelser. Det tidligere system innebar at det i all hovedsak lå til Justisdepartementet å sørge for at tomme dommerstillinger ble fylt. Det var Justisdepartementet som utlyste stillingen, mottok søknader og stod for den tekniske delen av saksbehandlingen.³²¹ Vurderingen av søknadene lå til Det rådgivende organ for dommerutnevnelser opprettet i 1990.³²² Dette organet foretok ikke intervjuer av søkerne, men innhentet referanseopplysninger og avga en veiledende tilråding til Justisdepartementet.³²³ Denne tilrådingen var ikke nødvendigvis skriftlig og var ikke gjenstand for innsyn.³²⁴

Den formelle kompetansen til å utnevne dommere består uforandret etter reformen; etter Grunnloven (Grl.) § 21 ligger den formelle kompetanse til å utnevne embetsmenn (inkludert dommere) hos Kongen i statsråd. Dette følger også av Domstolloven (dstl.) § 55. Man har bestemmelser om hvem som kvalifiserer for embetsmannstillinger generelt og et alderskrav for høyesterettsdommere spesielt i Grunnloven.³²⁵ Nærmere bestemmelser om dommerstillinger finner man i domstolloven. Kjernekravene er at man har oppnådd en viss alder, har juridisk utdannelse og at man innehar en høy faglig og personlig kompetanse.³²⁶ Det

³²¹ Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) side 125.

³²² Ot.prp.Nr. 44 (2000-2001) side 125

³²³ Ibid.

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Grunnloven §§ 92 og 91.

³²⁶ Domstolloven §§ 54 og 55

er også lovfestet en oppfordring til mangfold blant kandidatene med hensyn til yrkesbakgrunn.³²⁷

Det nye etter domstolsreformen vedrørende utnevnelsen av dommere er opprettelsen av Innstillingsrådet for dommere (Innstillingsrådet). Innstillingsrådets kompetanse, sammensetning og saksbehandlingsregler er regulert i dstl. §§ 55 a til 55c, samt § 55 e tredje ledd, § 55 f andre ledd og § 55 i. Innstillingsrådet skal bestå av tre dommere, en advokat, en jurist ansatt i det offentlige og to personer uten juridisk bakgrunn.³²⁸ Dersom Innstillingsrådet skal avgi innstilling av en kandidat til jordskifterettene, skal en av dommerne samt juristen byttes ut med en jordskifedommer og en jordskifte kandidat.³²⁹ Medlemmene av Innstillingsrådet blir valgt av Kongen i statsråd for en periode på fire år, med adgang til gjenoppnevning for inntil én periode.³³⁰ Dersom et av medlemmene ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte kan oppnevningen av dette medlemmet trekkes tilbake. Dette kan derimot ikke skje på det grunnlag at man ikke er enig i det medlemmet gjør i sitt arbeid.³³¹ Ved utnevning av dommere gjelder forvaltningsloven og offentlighetsloven.³³² Dette er ment å sørge for ensartet praksis angående innsyn, saksbehandling og taushetsplikt ved ansettelser til offentlige stillinger.³³³ Innstillingsrådets medlemmer er derimot underlagt de strengere habilitetsreglene i dstl. §§ 106 og 108.³³⁴

Etter dstl. § 55 a er det nå et krav at Innstillingsrådet skal avgi innstilling før noen blir utnevnt etter § 55.³³⁵ Innstillingsrådet skal innhente alle opplysninger som er nødvendig for å avgi en velbegrunnet innstilling, og før innstilling avgis skal de konferere med domstollederen i

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Dstl. § 55 a.

³²⁹ Dstl § 55 a.

³³⁰ Dstl § 55 a andre ledd.

³³¹ Ot.prp.nr. 44 (2000-2001) s. 276 merknad til dstl. § 55 a tredje ledd.

³³² Dstl § 55 i.

³³³ Ot.prp.nr. 44 (2000-2001) s. 282-283.

³³⁴ Dstl. § 55 b femte ledd.

³³⁵ Dstl. § 55 b første ledd.

vedkommende domstol (unntatt ved innstilling av høyesterettsdommere).³³⁶ Innstillingsrådet skal så avgi begrunnet innstilling av tre kvalifiserte søkere til stillingen, og dersom de avgir innstilling på færre enn tre søkere må dette også begrunnes.³³⁷ For embeter som høyesterettsdommer eller høyesterettsjustitiarius gjelder særlige regler. For høyesterettsdommerembeter skal justitiarius avgi uttalelse direkte til Justisdepartementet etter Innstillingsrådet har avgitt sin innstilling³³⁸ og utnevning av Høyesterettsjustitiarius er unntatt reglene i § 55 b.³³⁹ Praksis ved utnevning av Høyesterettsjustitiarius er at dette blir behandlet i Stortinget før Regjeringen foretar et valg.³⁴⁰ Fremgangsmåten for oppnevning av Høyesterettsjustitiarius er ikke lovfestet, og samhandlingen mellom Regjeringen og Stortinget er etter alt å dømme uformell.³⁴¹ Domstolkommisjonen vurderte om Innstillingsrådet også burde avgi innstilling av kandidat til stillingen som Høyesterettsjustitiarius, men fant at stillingens særskilte karakter gjorde det mest naturlig at dette ikke burde gjøres.³⁴²

Dersom Kongen i statsråd vurderer å utnevne en søker som ikke er innstilt av Innstillingsrådet skal det innhentes særskilt innstilling fra Innstillingsrådet om denne søkeren.³⁴³ Av dette kan man se at selv om Innstillingsrådet ikke har beslutningsmyndighet i saker om utnevning av faste dommere så er deres rolle sentral.

Norske dommere blir utnevnt til livstidsansettelse i dommerembete, det vil si frem til oppnådd aldersgrense.³⁴⁴ Den alminnelige aldersgrense er 70 år.³⁴⁵

³³⁶ Dstl § 55 b andre ledd.

³³⁷ Ibid tredje ledd.

³³⁸ Dstl. § 55 b fjerde ledd

³³⁹ Dstl. § 55 b sjuende ledd.

³⁴⁰ Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) s. 132.

³⁴¹ NOU 1999:19 s. 231 og 276.

³⁴² NOU 1999:19 s. 276.

³⁴³ Dstl. § 55 c.

³⁴⁴ Grunnloven §§ 21 jf. 22 andre ledd, og domstoloven § 55, jf også grl § 22 tredje ledd hvor dommere er unntatt fra åremålsansettelse.

³⁴⁵ Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl av 21.desember 1956 nr. 1 § 2.

Den nye fremgangsmåte for utnevning av dommere må anses å være fullt ut forenlig med de krav som følger av EMK art. 6 nr. 1. Kravene som kan utledes av EMD-praksis tilknyttet dommerutnevninger er riktignok ikke særlig strenge, og det norske system vil kanskje sies «å overoppfylle» denne del av uavhengighetskravet. Det man kan utlede av EMD-praksis er at det ikke bør være for sterke sammenfallende interesser mellom de som utnevner og den utnevnte eller en part i saken.³⁴⁶ I den enkelte sak vil dette helst løses ved habilitetsregler. Hensikten med å oppstille «*manner of appointment*» som eget moment ved uavhengighetsvurderingen må være at det ikke bør stå den utøvende makt *helt fritt* å velge dommere, da dette kan åpne for at man velger kandidater som man vet er «statsvennlig».³⁴⁷ Av hensyn til folkets tillit til domstolene er dette noe som bør motvirkes. Det viktigste i forbindelse med uavhengighetskravet i dette henseendet er helst at man har fått på plass lovregulerte rammer for dommerutnevninger, og at det saksforberedende arbeidet er lagt til et organ utenfor departementene. Det at den formelle utnevneskompetansen fortsatt ligger hos Kongen i statsråd skaper ikke problemer i henhold til EMK art. 6 nr. 1.³⁴⁸

Midlertidige dommerstillinger.

Utgangspunktet er at dommere skal utnevnes for livstid, frem til pensjonsalder. Allikevel er det slik at en del dommere blir ansatt for en begrenset periode. I det følgende skal jeg først redegjøre for de tilfellene hvor man etter loven kan ansette dommere for en begrenset periode, hvem som har ansettelseskompetanse og for hvor lenge man kan ansettes. Deretter skal jeg drøfte hvilke særlige spørsmål dette reiser knyttet til uavhengighetskravet.

Av dstl. § 55 d følger at konstituerte dommere utelukkende kan utnevnes ved de tilfeller og etter den prosedyre som følger av § 55 e til § 55 g.

Av dstl. § 55 e følger at en fast ansatt dommer kan konstitueres som dommer i et annet embete for inntil to år ved en rekke tilfeller; ledighet eller fravær i dommerstilling, inhabilitet, behov for ekstra dommere eller omorganisering. Ledighet eller fravær oppstår når en dommer

³⁴⁶ Jf. Langborger-dommen.

³⁴⁷ Se også Recommendation No. R (94) 12 første prinsipp nr 2 c) som fremhever at dommerutnevninger skal gjøres på bakgrunn av objektive kriterier, etter en transparent og uavhengig prosess.

³⁴⁸ Jf Campbell og Fell, para 79.

er ute i permisjon på grunn av sykdom eller lignende, eller det er en ledig stilling som venter på å bli besatt. Konstitusjon ved inhabilitet er ikke særlig praktisk, idet en inhabil dommer gjerne kan be en annen dommer ved den samme domstolen om å bytte sak.³⁴⁹ Dersom hele domstolen er inhabil er det mest praktisk å flytte saken til en annen domstol.³⁵⁰ Behov for ekstra dommere kan oppstå hvor en domstol opplever en sterk økning i saksmengde. Ved omorganisering kan bruk av konstituerte dommere være aktuelt frem til man har fastlagt den endelige løsning for omorganiseringen. Konstituering etter § 55 e gjelder for sideordnede domstoler, det vil si for eksempel at en dommer i én tingrett kan konstitueres som dommer i en annen tingrett. Slik konstituering kan avgjøres av Innstillingsrådet og kan dessuten delegeres av Innstillingsrådet til Domstolsadministrasjonen.³⁵¹ Dersom behovet ikke dekkes etter reglene i § 55 e eller ved bruk av flyttbar dommer etter § 33 c andre ledd,³⁵² kan en person som ikke er fast dommer i sideordnet domstol konstitueres som dommer etter § 55 f. En aktuell kandidat kan da være enten dommer fra høyere eller lavere domstol, pensjonert dommer eller en person som ikke er eller har vært dommer i det hele tatt, men som oppfyller vilkårene for å bli det.³⁵³ Kompetanse til å foreta slik konstitusjon ligger hos Innstillingsrådet, eller Kongen i statsråd dersom det gjelder konstitusjon til Høyesterett eller ved varighet i mer enn ett år. Dersom det er Kongen som skal foreta konstitusjon skal det skje i samråd med Innstillingsrådet.

I tillegg til dommerembeter og konstituerte dommere opererer man med ytterligere en type dommerstilling innenfor de ordinære domstolene; dommerfullmektigstillingen.³⁵⁴ Det følger av dstl. § 55 g at det er domstollederen som har kompetanse til å ansette dommerfullmektiger, og at departementet kan gi nærmere regler om tilsetting av dommerfullmektiger. Slike regler

³⁴⁹ *Bøhn (2013)*, s. 200

³⁵⁰ Ot.prp.nr.44 (2000-2001) s. 279, *Bøhn (2013)*, s. 200.

³⁵¹ Dstl. § 55 e tredje ledd

³⁵² Etter § 33 c andre ledd kan DA fastsette antall faste stillinger ved den enkelte domstol, og kan i tillegg opprette dommerstillinger som er felles for flere domstoler.

³⁵³ *Bøhn (2013)*, s. 205.

³⁵⁴ Av domstolloven § 23 følger at det kan opprettes dommerfullmektigstillinger hvor man finner det nødvendig. Det er DA som skal foreta vurderingen av om selve dommerfullmektigstillingen skal opprettes, jf ordlyden i paragrafen.

ble gitt ved Rundskriv G-46/1999. I rundskrivet punkt 1-3 beskrives de kvalifikasjoner kandidaten bør ha for å kunne ansettes som dommerfullmektig. Det bør legges vekt på karakterer fra den juridiske utdanning og arbeidspraksis. I tillegg bør det legges vekt på personlige egenskaper og egnethet, i likhet med det som gjaldt for faste dommerstillinger, men terskelen er nok litt lavere. Utnevnelleskompetanse og fremgangsmåte følger av punkt 1-4; dommerfullmektigen ansettes av domstolens leder uten behandling i tilsettingsråd. Det er således ikke krav om at en kandidat til dommerfullmektigstilling vurderes av Innstillingsrådet, det er alene opp til domstolens leder.

Ansettelsesperioden for midlertidige dommerstillinger er oppad begrenset til to år for konstitusjoner og to eller maks tre år for dommerfullmektiger.³⁵⁵

Bruk av midlertidige dommere, og da særlig konstituerte dommere, har vært gjenstand for utstrakt debatt i Norge. Utgangspunktet etter Grunnloven er at dommere skal være embetsmenn, ansatt på livstid frem til pensjonsalder. Allikevel finner man at det stadig er behov for å konstituere dommer i stilling for en begrenset periode.

Aschehoug argumenterte for at det i Grl. § 22 andre ledd om uavsettelige dommere, lå en garanti for deres uavhengighet, og at denne garanti ville forsvinne dersom domstolene bekledtes av konstituerte dommere.³⁵⁶

Castberg åpner for at det kan være legitime grunner for å benytte seg av konstitusjoner, men understreker nettopp at det må være begrenset til tilfeller hvor det foreligger slike grunner.³⁵⁷ Han er kritisk til at man ansetter dommere i konstitusjoner nærmest som en «prøveordning» for å teste om vedkommende er egnet for jobben, og mener det kan være grunnlovsstridig.³⁵⁸ I teorien har man gjerne foretatt et skille mellom «egentlig» og «uegentlig» konstitusjon, hvor førstnevnte er konstitusjon i stilling som for en periode står tom (f.eks. på grunn av sykdom, permisjon eller lignende), mens sistnevnte er stillinger som blir opprettet for å fylle et

³⁵⁵ Domstolloven § 55 e og f for konstitusjoner, og § 55 g for dommerfullmektiger.

³⁵⁶ *Aschehoug (1893)*, s.385-386.

³⁵⁷ *Castberg (1964)*, s. 74-75.

³⁵⁸ *Ibid.*

midlertidig behov. Det er særlig «uegentlig» konstitusjon som har blitt kritisert.³⁵⁹

Gjennomgående har kritikken vært basert på at det formål man knytter til Grunnlovens regler om uavsettelige embetsmenn, de skal sikres en uavhengig stilling, undergraves ved konstitusjoner. Ved midlertidige stillinger kan utsikten til en fast stilling skape en avhengighet av ansettende myndighet som er i strid med dette prinsippet.³⁶⁰ Problematikken tilknyttet midlertidige dommerstillinger er også behandlet i rettspraksis. I Rt. 1984 s. 979 ble det anført som en feil ved saksbehandlingen at lagmannsretten ble satt med en ekstraordinær lagdommer (pensjonert dommer i midlertidig stilling). Høyesterett viser først til utgangspunktet om at dommere etter Grunnloven skal være uavsettelige embetsmenn, men at dette ikke kan gjelde absolutt. Det vises til at det kan foreligge legitime grunner som gjør det nødvendig for en periode å benytte seg av midlertidige stillinger, for eksempel ved sykdom eller stort frafall av dommere. Det påpekes at dette ikke kan skje i ubegrenset omfang, da det vil medføre konstitusjonelle betenkeligheter.³⁶¹ I Rt. 1995 s.506 gjaldt saken en konstituert dommer som mente han hadde krav på forlenget konstitusjon. Høyesterett kom til at noe slikt krav ikke kunne utledes av loven, men uttalte på side 512:

«Jeg finner det uten videre klart at bruken av konstitusjoner når det gjelder dommere, kan virke uheldig, og at bruken av konstitusjoner derfor bør begrenses til det strengt nødvendige. Ved praktiseringen av reglene innenfor de rammer som loven trekker opp, bør det legges betydelig vekt på hensynet til domstolenes selvstendighet og uavhengighet.»

Både teori og praksis har således anerkjent behovet for konstitusjoner, men understreket at Grunnloven § 22 andre ledd setter en grense for omfanget av bruken.

Domstolkommisjonen vurderte også bruken av midlertidige dommere i NOU 1999:9 kapittel 8. De pekte på avhengighetsproblematikken som kan oppstå når en dommer er ansatt for en begrenset periode, og forlengelse beror på tilsettingsmyndigheten.³⁶² De viser også til at dette

³⁵⁹ I Stort.forh 1961 på side 2926 flg kritiserer en Stortingsrepresentant bruken av uegentlige konstitusjoner, se NOU 1999:19 s. 297.

³⁶⁰ NOU 1999:19 s. 302.

³⁶¹ Rt. 1984 s. 979 på side 983-984.

³⁶² NOU 1999:19 s. 302.

kan ha en negativ virkning for folks *tillit* til domstolene.³⁶³ Domstolkommisjonen fremhevet også andre uheldige sider ved midlertidige stillinger; dommeren har gjerne permisjon fra et annet arbeidssted, hvilket kan skape lojalitetsbindinger til arbeidsgiveren eller tanken på senere jobbsøking kan virke inn på dommerens holdning i arbeidet.³⁶⁴ De viser også til at konstitusjon som ledd i rekruttering til faste dommerstillinger er problematisk, noe vi kjenner igjen fra Castberg sin argumentasjon.³⁶⁵ Det ble også vist til at hyppig utskiftning i en domstol kan svekke kontinuiteten og kvaliteten på dommerarbeidet.³⁶⁶ Domstolkommisjonen vurderte også forholdet til EMK art. 6, men på grunnlag av den foreliggende saksmengden fra EMD kom de til at ordningen med midlertidige dommere generelt ikke var i strid med artikkel 6, men at det måtte bero på en helhetsvurdering i den enkelte sak.

Domstolkommisjonen foreslo å opprettholde ordningen med konstituerte dommere, men først og fremst som subsidiær ordning. De foreslo at man heller skulle forsøke å benytte flyttbar dommer eller dommer fra en annen domstol. Dette ble opprettholdt i Ot.prp. nr. 44 s. 192-193. Midlertidige dommere fikk også et styrket stillingsvern, noe jeg kommer tilbake til nedenfor.

Bruken av midlertidige dommere ble som nevnt ovenfor vurdert av EMD i to nyere dommer.³⁶⁷ I begge dommene hadde klagerne blitt dømt i førsteinstans av en «assessor», en stilling som ligner dommerfullmektigstillingen i Norge. I disse dommene var det bristende punkt ikke stillingens midlertidighet (maks fire år), men det faktum at justisministeren kunne avskjedige assessoren når som helst under denne perioden. Sammenholdt med EMD-praksis³⁶⁸ for øvrig må en således komme til samme konklusjon som Domstolkommisjonen, nemlig at bruken av midlertidige dommere generelt ikke er i strid med EMK art. 6 nr. 1. Det er dog en viktig forutsetning at det må foreligge *øvrige garantier* for disse dommernes uavhengighet. På grunnlag av norsk teori og praksis må en legge til grunn at Grunnloven § 22

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Ibid, s. 303.

³⁶⁵ Ibid og Castberg (1964), s. 74-75.

³⁶⁶ NOU 1999:19 s. 304.

³⁶⁷ Henryk Urban og Ryszard Urban mot Polen, 30.november 2010 og Pohoska mot Polen, 10.januar 2012.

³⁶⁸ Campbell og Fell, Sramek, Incal er noen eksempler, se punkt 2.3.3. ii.

andre ledd setter en grense for i hvor stor utstrekning man kan benytte seg av konstitusjoner. Etter lovendringen i 2001 er dette styrket ved at bruk av konstitusjoner er begrenset til angitte situasjoner.³⁶⁹

Det er usikkert om lovendringen om bruk av konstitusjoner har hatt virkning i praksis. Tall hentet fra NOU 1999:19 viser at i perioden 1990-1998 var det gjennomsnittlig sytten konstitusjoner årlig.³⁷⁰ Tall fra Innstillingsrådets årsmeldinger for årene 2010-2012 viser at man hadde henholdsvis seks, atten og tretten konstitusjoner i denne perioden.³⁷¹ Dette var konstitusjoner til de alminnelige domstolene, og omfatter både dommerstilling og domstollederstilling. Tallene er vanskelige å sammenligne; tallene fra NOU 1999:19 baserer seg på konstitusjoner i statsråd, og tallene fra Innstillingsrådet ser ut til å omfatte kun konstitusjoner med varighet over 6 måneder, og det fremgår ikke om det er konstitusjon etter § 55 e eller § 55 f. Fra årene 2001-2009 har jeg ikke funnet tall på antall konstitusjoner.

I henhold til EMK art. 6 nr. 1 kan det likevel være tvilsomt om lengden på konstitusjoner i norsk rett tilfredsstiller kravene til uavhengighet. Uttalelsen i *Incal* («...only four years...»)³⁷² tilsier at allerede ved fire år er man på grensen. I *Campbell og Fell* ble tre år godtatt, men da viste man til at rekruttering til disse ulønnede stillingene kunne vanskeliggjøres ved svært lange ansettelsesperioder.³⁷³ Når man i Norge har mulighet for konstituering helt ned til noen få måneder er det svært usikkert om dette vil godtas av EMD. Særlig problematisk er det at disse konstitusjonene kan gis til personer som ikke er dommere i andre domstoler, og periodene kan forlenges ved behov. Ved disse situasjonene er det tvilsomt om det forsterkede stillingsvern kan avhjelpe; det er ikke «frykten» for avskjedigelse som motiverer, men utsiktene til forlengelse eller utnevnelse i embete. Dette problem oppstår ikke hvor en dommer blir konstituert etter § 55 e, siden man har et dommerembete i en annen domstol «å falle tilbake» på. Problemet kan illustreres ved Rt. 1997 s. 1987 hvor situasjonen nettopp var

³⁶⁹ Domstolloven § 55 d jf §§ 55 e til g.

³⁷⁰ NOU 1999:19 s. 287.

³⁷¹ Hentet fra <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Innstillingsradet/Publikasjoner/Arsmelding/>

³⁷² *Incal*-dommen para 68.

³⁷³ *Campbell og Fell*-dommen para 80.

at en konstituert lagdommer helt åpenlyst søkte en karriere som dommer. Der kom Høyesterett til at dommeren var inhabil etter dstl. § 108, i sak hvor Justisdepartementet var part. Betydelig vekt ble lagt på at det rettssøkende publikum skal ha tillit til at dommerne opptrer upartisk og uavhengig. Det *kan* avhjelpe situasjonen at helt kortvarige konstitusjoner blir avgjort av domstollederen, Innstillingsrådet eller Domstoladministrasjonen, som jo er politisk uavhengig. Samtidig er konstitusjoner på ett til to år også tidsmessig kortere enn de perioder som EMD har omtalt som i grenseland, og i disse konstitusjonene er Kongen i statsråd formelt oppnevningmyndighet. Etter dette må man kunne legge til grunn at konstitusjon av dommere etter § 55 f kan være tvilsomme i henhold til EMK art. 6 nr. 1, all den tid «*term of office*» er et selvstendig moment, det betenkelige ikke nødvendigvis knytter seg til muligheten for avskjedigelse men heller forlengelse eller senere utnevning, og det er den utøvende makt som har ansettelseskompetanse ved konstitusjoner over ett år. Her er det fare for at disse dommerne ikke fremstår utad som uavhengige, slik situasjonen var i Rt. 1997 s. 1987.

Dommerfullmektigstillingen er også tidsmessig kort, vanligvis to år. En vesensforskjell fra konstitusjon er at disse dommerne ikke kan ha en rimelig forventning om utnevning i embete etter endt fullmektigperiode. Det er derved ikke den samme faren for avhengighet av ansettende myndighet som ved konstitusjoner. Det er dessuten ikke samme myndighet som ansetter fullmektigen som utnevner i embete. I *Urban*-dommen var det bristende punkt at assessoren kunne avskjediges nokså fritt av justisministeren. Dommerfullmektigen nyter, som vi skal se nedenfor, tilsvarende stillingsvern som de øvrige dommerne. Ansettelsesperioden er dessuten lovfastsatt, og ikke gjenstand for skjønnsutøvelse.³⁷⁴ Det er således på dette punkt ikke de helt store problemene omkring dommerfullmektigstillingen og kravet til uavhengighet i EMK art. 6 nr. 1.

4.5.1.2 Dommerutnevninger i særtribunalene.

Som nevnt innledningsvis er det en rekke organer som innehar dømmende funksjoner uten å være del av det ordinære domstolhierarkiet. Prosedyren for utnevningen av dommerne til disse organene, samt på hvilke vilkår de blir ansatt er temaet i det følgende.

³⁷⁴ Dette var del av problematikken i *Starrs v Ruxton*; ansettelsesperioden var helt tilfeldig satt til ett år og berodde på utøvelse av skjønn fra myndighetens side.

Frem til 2004 ble jordskiftedommerne beskikket i statsråd, og hadde da ikke status som embetsmenn. Dommere i jordskifterettene blir etter lovendringen som trådte i kraft 1.april 2004 utnevnt etter reglene i domstoloven.³⁷⁵ Jeg henviser derfor til fremstillingen ovenfor.

Forliksrådet

Forliksrådet er underlagt regler i både domstoloven og Tvisteloven av 2005 (tvl.).

Saksbehandlingen er regulert i tvisteloven, mens reglene om forliksrådets medlemmer er fastsatt i domstoloven. For det første fremgår det av dstl. § 27 at hver kommune skal ha et forliksråd, bestående av tre medlemmer og tre varamedlemmer. Kravene til forliksrådets medlemmer følger av dstl. § 56; de må ha fylt 25 år og ikke være unntatt på grunn av stilling, vandel eller rett til fritak fra valg etter reglene i dstl §§ 71-74. Den øvre aldersgrense på 70 år gjelder også for forliksrådets medlemmer. Av dstl. § 56 andre ledd følger at en person må være personlig egnet for oppgaven og beherske norsk muntlig og skriftlig godt. Medlemmer av forliksrådet er personer uten juridisk bakgrunn, for å sikre formålet med forliksrådsbehandling som en uformell, enkel og rimelig tvisteløsning. Forliksrådene er nettopp klassifisert som meklingsinstitusjon og dette er hovedfunksjonen, selv om det kan avsi dom i visse tilfeller. Medlemmene av forliksrådet blir valgt av kommunestyret i den kommunen de tilhører og skal utføre sitt virke.³⁷⁶ Valget skjer etter reglene i kommuneloven kapittel 6.³⁷⁷ I henhold til dstl. § 58 foretar fylkesmannen den formelle oppnevning av forliksrådsmedlemmene etter valget i kommunestyret. Valg av forliksrådsmedlemmer skjer hvert fjerde år, slik at en oppnevningssperiode utgjør fire år.³⁷⁸ Et forliksrådsmedlem kan gjenoppnevnes etter utløpet av oppnevningssperioden.³⁷⁹ Kravene til forliksrådsmedlemmene medfører at det er en stor gruppe mennesker som kvalifiserer for stillingen, slik at kommunestyret har nokså vid valgmulighet. Siden EMD har stilt svært lave krav til dette momentet, vil trolig ikke denne ordning i seg selv medføre en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. Det ligger i dette system et *demokratisk* element, i og med at kommunestyret er valgt av

³⁷⁵ Lov om jordskifte av 21.desember 1979 nr. 77, § 7 tredje ledd.

³⁷⁶ Dstl. § 57 første ledd.

³⁷⁷ Dstl. § 27 andre ledd.

³⁷⁸ Dstl. § 57 første ledd andre punktum.

³⁷⁹ Bøhn (2013), s. 216.

innbyggerne i kommunen, og således må antas å ha tillit i befolkningen. Det er likevel ikke til å stikke under en stol at et slikt valg gjerne vil ha et *politisk* preg. Det avgjørende blir derfor om forliksrådene etter en helhetsvurdering fremstår som uavhengige i sin gjerning.

Arbeidsretten

Arbeidsrettens virke er regulert i Arbeidstvistloven kapittel 4. Av arbeidstvistloven § 36 følger hvilke krav som stilles til rettens dommere. Rettens dommere betegnes som fagdommere og dommere, og utnevnes på ulike vilkår. Fagdommerne er embetsmenn, og ansettes således på samme vilkår som dommerne i de ordinære domstolene; av Kongen i statsråd og for livstid frem til oppnådd pensjonsalder.³⁸⁰ Fagdommerne må oppfylle kravene for å være høyesterettsdommer.³⁸¹ Felles for alle dommerne er at de må være norske statsborgere, vederheftige, ikke fradømt stemmerett i offentlige anliggender og ikke medlem av styret eller fast ansatt i fagforening eller arbeidsgiverforening.³⁸² Siden Arbeidsretten ikke er underlagt Domstoladministrasjonen må det antas at Arbeidsdepartementet forbereder ansettelsessaker i Arbeidsretten. Dommerne som ikke betegnes som fagdommere utnevnes etter innstilling fra de største foreningene for henholdsvis arbeidsgivere og arbeidstakere.³⁸³ Hvor det kommer konkurrerende innstillinger fra flere ulike foreninger, skal medlemmene oppnevnes blant kandidatene fra foreningene med flest medlemmer.³⁸⁴ Dommerne som blir utnevnt etter innstilling blir utnevnt for tre år av Kongen (i statsråd).³⁸⁵ Disse dommerne er ikke embetsmenn og lovens ordlyd innebærer at det her må være snakk om oppnevning på åremål.³⁸⁶ Dersom Arbeidsretten skal behandle en sak etter Tjenestetvistloven, gjelder særlige regler om rettens sammensetning. Etter Tjenestetvistloven § 25 skal retten da settes med de tre fagdommerne og fire dommere oppnevnt av Kongen. Av disse fire dommerne skal

³⁸⁰ Arbeidstvistloven § 37 (2)

³⁸¹ Arbeidstvistloven § 36 (2)

³⁸² Arbeidstvistloven § 36 (1)

³⁸³ Lov om arbeidstvister § 37 jf § 39

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ Lov om arbeidstvister § 37 jf § 39.

³⁸⁶ *Debens* (1989), s. 85 om åremålsstillinger. Se også side 93 hvor han skriver at Arbeidsrettens medlemmer er tilsatt på åremål, hvilket var tilfellet for alle dommerne etter den tidligere lov.

to oppnevnes etter innstilling fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) og to oppnevnes etter forslag fra de forhandlingsberettigede sammenslutninger i tråd med arbeidstvistloven § 39 første ledd andre punktum, andre og tredje ledd. Av tjenestetvistloven § 25 tredje ledd følger at en rekke personer er unntatt fra å kunne sitte som dommere, blant annet Regjerings- og Stortingsmedlemmer, tjenestemenn i FAD og personer med en særlig tilknytning til fagforeningene.

Fremgangsmåten for utnevning av fagdommerne ligner den ordning som tidligere gjaldt dommere i de ordinære domstolene. Som nevnt er det ikke i strid med EMK art.6 nr. 1 at den utøvende makt utnevner dommere, men det er en forutsetning om at det gjøres på grunnlag av saklige kriterier. Det faktum at de må oppfylle kravene til høyesterettsdommere er en styrke i det henseendet. Det kan likevel spørres om ikke de hensyn som lå til grunn for at man endret prosedyren for dommerutnevnelser i de ordinære domstoler også gjør seg gjeldende her. Arbeidsretten avgjør saker som kan være av vesentlig betydning for individets arbeidsrettslige stilling og ikke minst næringslivet generelt. Her er det også et vesentlig moment at Arbeidsrettens domsmyndighet er nærmest eksklusiv på dette området. For å ivareta folkets og partenes tillit til domstolen bør man være sikker på at staten ikke har et fritt skjønn til å ansette noen som «taler deres sak». Det er også et moment at staten selv kan være part i saker for Arbeidsretten, og teoretisk sett kan Arbeidsdepartementet også være part.³⁸⁷ De andre dommerne blir ansatt etter innstilling fra de største fagforeningene og arbeidsgiverforeningene for tre år. Dette blir fremhevet som et moment som er egnet til å styrke partenes tillit til domstolen, ved at de kan ha en viss innflytelse.³⁸⁸ I *Langborger*-dommen var situasjonen nokså lik; to av dommerne i Hyresnämnden var nominert av henholdsvis utleier- og leietakerforeningene. På den måten hadde man, i likhet med for Arbeidsretten, ivaretatt begge sider i en sak. Problemet oppstod da klageren bestred en klausul som *begge* foreningene hadde interesse i at ble stående. Da kom EMD til at kravene til uavhengighet og upartiskhet i EMK art. 6 nr. 1 ikke var oppfylt. En slik interessekonflikt kan tenkes å oppstå også i Arbeidsretten, enten ved at Arbeidsdepartementet er part, eller for eksempel ved at en mindre fagforening som ikke har fått innstilt en kandidat og som har motstridende interesser med de

³⁸⁷ Tjenestetvistloven § 24, se også ARD-1986-149, ARD-1980-207 og ARD-1939-19 (i sistnevnte dom var Arbeidsdepartementet part).

³⁸⁸ Prop.134 L (2010-2011) s. 18.

som har fått innstilt kandidat er part i en sak. Men trolig er det kun i slike tilfeller det vil kunne oppstå konflikt med EMK art. 6 nr. 1, og ikke generelt slik systemet er nå.

Trygderetten

Trygderettens faste medlemmer skal i henhold til trrl. § 3 utnevnes av Kongen i statsråd, og har status som embetsmenn.³⁸⁹ I og med at Arbeidsdepartementet har det administrative ansvaret for Trygderetten må en anta at de foretar saksbehandlingen i forbindelse med ansettelser, men dette fremgår ikke direkte av lov.³⁹⁰ Av trygderettsdommerne skal lederen, nestlederen og minst ett annet medlem fylle kravene for å være høyesterettsdommer.³⁹¹ I tillegg skal ett medlem være medisinsk kyndig og ett medlem være attføringskyndig.³⁹² Dette skyldes sakstypene de behandler. I tillegg til de faste medlemmene skal domstolen settes med lekfolk som blir trukket fra et utvalg oppnevnt av Kongen for fire år om gangen.³⁹³ Ved Trygderetten kan det også ansettes rettsfullmektiger, en stilling som i stor grad tilsvarer dommerfullmektigstillingen.³⁹⁴ Disse blir ansatt av Trygderettens leder for en periode på 3 år, med mulighet for forlengelse med inntil 2 år.³⁹⁵ I trrl. § 3 andre ledd er det også hjemmel for at Kongen kan «beskikke» ytterligere dommere dersom saksmengden eller særlig forhold gjør det nødvendig. Dette medlemmet kan beskikkes for inntil 2 år, og kan sammenlignes med konstitusjon i ordinære domstoler. I likhet med dommerne i Arbeidsretten, er det krav om at dommerne i Trygderetten skal være norske statsborgere, vederheftige og ikke fradømt stemmerett i offentlige anliggender.³⁹⁶ Det kan fremstå utad som om den trygdedes motpart i en sak for Trygderetten, også er ansettende myndighet, eller i det minste har nære bånd med ansettende myndighet. En eventuell interessekonflikt i denne sammenheng er forsøkt

³⁸⁹ Trrl. § 3 første ledd andre punktum, jf Øie (2010), s. 26.

³⁹⁰ Øie (2010), s. 25,

³⁹¹ Trrl. § 3 første ledd tredje punktum.

³⁹² Ibid.

³⁹³ Trrl. § 3 femte ledd.

³⁹⁴ Trrl. § 3 tredje ledd, jf Ot.prp.nr. 42 (1996-1997) side 29.

³⁹⁵ Trrl. § 3 tredje ledd.

³⁹⁶ Trrl § 3 fjerde ledd.

motvirket ved at Trygderetten ikke kan avgjøre anke over vedtak som er truffet av Kongen eller departementet.³⁹⁷ Med hensyn til Trygderettens faste dommere skal det her bare gjentas at EMD har kommet til at utnevning foretatt av den utøvende myndighet ikke er i strid med EMK art. 6 nr. 1. Det er likevel påfallende at prosedyren for dommerutnevninger her ser ut til å tilsvare den domstolkommisjonen mente man burde gå bort fra, av hensyn til domstolenes uavhengighet. En styrke vil her være at det er fastsatt kriterier for utnevning i lov. Når det gjelder de midlertidige stillingene i Trygderetten, vises til det som er sagt ovenfor om midlertidige stillinger i de ordinære domstolene.³⁹⁸ Av EMD-praksis kan det utledes at midlertidighet i seg selv ikke er konvensjonsstridig, så lenge det foreligger øvrige garantier for disse dommernes uavhengighet.

4.5.2 Garantier mot ytre påvirkningsfaktorer.

4.5.2.1 Stillingsvern for dommere.

4.5.2.1.1 Embetsdommere, dommerfullmektiger og konstituerte dommere.

Et av de mest sentrale momentene ved kravet til domstolenes uavhengighet er dommernes stillingsvern. Staten er dommernes arbeidsgiver, og dette gjør det særlig viktig med et velregulert stillingsvern for å sikre uavhengighet. Staten er part i en stor andel saker for domstolene og overgangen mellom uavhengighet og upartiskhet er der glidende. Men også i de sakene hvor staten ikke er part er det nødvendig for ivaretagelsen av folks tillit til domstolene at dommerne fremstår som uavhengige av de øvrige statsmakter.

I norsk rett er dommers stillingsvern sikret i Grunnloven. I henhold til Grunnloven § 22 andre ledd kan dommere ikke avskjediges uten etter dom. Norske dommere er således sikret livstidsansettelse frem til oppnådd pensjonsalder og kan i denne periode ikke avskjediges uten forutgående domstolsbehandling. Den samme bestemmelse i Grunnloven sikrer at dommere ikke kan forflyttes mot sin vilje. Det er ikke til hinder for at dommere blir flyttet som ledd i omorganisering av domstolene, for eksempel dersom man skal slå sammen flere domssogn som ledd i forsvarlig forvaltningsutøvelse. Kompetanse til å reise avskjedssak mot en

³⁹⁷ Trrl. § 2 andre ledd.

³⁹⁸ Under punkt 4.5.1.1 Midlertidige dommerstillinger.

embetsdommer ligger hos Kongen i statsråd, da et slikt vedtak må anses som en sak av viktighet.³⁹⁹

Vedtakskompetansen for å reise avskjedssak mot en dommer ligger hos den utøvende makt, men avgjørelsen av om vilkårene for å avskjedige dommeren er tilstede tilligger domstolene. I henhold til EMD-praksis må kravene til dommeres stillingsvern derved være oppfylt; det at domstolene selv avgjør om det er adgang til å avskjedige en dommer, på grunnlag av faktum og juss, medfører et fravær av vilkårlighet og fritt skjønn for den utøvende makt.⁴⁰⁰

Det er i denne sammenheng av interesse å se på hvilke forhold som kan medføre avskjedigelse av embetsdommere. Fra rettspraksis har man ingen eksempler på at en embetsdommer har blitt fradømt sin stilling, men for første gang i moderne tids historie vil det våren 2013 gå en sak om avskjedigelse av en norsk dommer i Oslo tingrett.

Det fremgår av Ot.prp.nr. 44 (2000-2001) s. 188 at det legges til grunn at de samme avskjedsgrunner gjelder for embetsmenn og tjenestemenn. Lov om statens tjenestemenn av 1983 § 15 regulerer de tilfeller hvor embets- og tjenestemenn kan avskjediges; kjernen i avskjedsgrunnene er at det dreier seg om vedvarende og grov uforstand i tjenesten som ikke opphører etter irrettesettelse og kritikk, eller «*utilbørlig adferd i eller utenfor tjeneste*» som gjør at vedkommende viser seg «*uverdig til sin stilling eller bryter ned den aktelse eller tillit som er nødvendig for stillingen*».⁴⁰¹ Det er helt på det rene at det skal meget sterke grunner til for å reise avskjedssak mot embetsdommer, og den manglende rettspraksis på dette området er antageligvis et bevis for dette og ikke for at norske dommere i alle henseender og til alle tider har opptrådt på uklanderlig vis.

Man har et eksempel på at en embetsmann med tilsvarende stillingsvern som dommere har blitt avskjediget. I Rt. 1983 s. 1004 vurderte Høyesterett om sogneprest Børre Knudsen skulle avskjediges. Av den dommen kan man utlede at det objektivt sett må foreligge vedvarende uforstand i tjenesten, samt at embetsmannen må ha utvist skyld med hensyn til «uforstanden».

³⁹⁹ Grunnloven § 22 andre ledd, jf § 28 og § 21, jf Lov om statens tjenestemenn av 4.mars 1983 nr. 3 § 15. Se også Østlid (1940), s. 105.

⁴⁰⁰ Se punkt 2.3.3 iii.

⁴⁰¹ Tjenestemannsloven § 15 første ledd bokstav a og b.

Børre Knudsen-dommen illustrerer at norske embetsmenn, og derunder dommere, er sikret en forsvarlig rettslig behandling av avskjedssaker, utenfor de øvrige statsmakters påvirkningssfære.

Dommerfullmektiger blir ansatt for en normalt tid på 2 år, men i visse tilfeller kan dette utvides til 3 år.⁴⁰² Innenfor denne ansettelsesperioden er det fastsatt i domstoloven at dommerfullmektigen kun kan avskjediges ved dom.⁴⁰³ Det samme gjelder for konstituerte dommere og jordskiftedommere.⁴⁰⁴ Et særskilt stillingsvern for konstituerte dommere ble lovfestet i 2001 ved lov 15.juni 2001 nr. 62, men ble lagt til grunn av teoretikere lenge før det. Blant annet legges det til grunn av Henry Østlid og Frede Castberg at en eventuell oppsigelse av konstituerte dommer må begrunnes i at grunnlaget for konstitusjonen faller bort.⁴⁰⁵ Argumentasjonen bygget da på at Grunnloven § 22 andre ledd forutsetter at embetsmenn skal ha en uavhengig stilling.

Når en dommer er midlertidig ansatt for mer enn ett år skal han eller hun ha en måneds varsel før stillingen opphører, og ved utløpet av tidsperioden skal dommere fratrukket uten oppsigelse eller avskjed.⁴⁰⁶ Selv om man ved konstitusjon eller fullmektigstilling er ansatt for en relativt kort periode, henholdsvis to eller maks tre år, nyter man således et sterkt stillingsvern i den periode man er ansatt. Etter det som følger av EMD-praksis, er dette tilstrekkelig ivaretagelse av det stillingsvern for dommere som følger av uavhengighetskravet i EMK artikkel 6 nr. 1.⁴⁰⁷

4.5.2.1.2 Stillingsvern for dommere ved særtribunalene.

Jordskifterettene.

Dommerne i det ordinære domstolhierarkiet nyter godt av et sterkt stillingsvern, regulert i Grunnlov og lov. Tidligere ble jordskiftedommerne som nevnt beskikket i statsråd, og var da

⁴⁰² Dstl. § 55 g.

⁴⁰³ Dstl. § 55 h.

⁴⁰⁴ Dstl. § 55 h.

⁴⁰⁵ Østlid (1940), s. 121 og Castberg (1964), s. 74.

⁴⁰⁶ Dstl. § 55 h

⁴⁰⁷ Se for eksempel Urban-dommen mot Polen, Pohoska mot Polen og Campbell og Fell-dommen.

ikke embetsmenn. Dette innebar også at de ikke hadde det samme stillingsvernet som dommerne i de ordinære domstolene, men var underlagt reglene i tjenestemannsloven. Det ble fremhevet av utvalget i NOU 2002:9 at dette kunne være problematisk i relasjon til uavhengighetsprinsippet, og de fremmet forslag om å endre reglene slik at jordskiftedommerne fikk samme stillingsvern som embetsdommere.⁴⁰⁸ For dommerne i jordskifterettene gjelder nå det samme stillingsvern som for ordinære dommere, og jeg henviser derfor til fremstillingen ovenfor.⁴⁰⁹

Forliksrådet.

Medlemmene av forliksrådet blir som nevnt valgt av kommunestyret for en periode på fire år. Av dstl. § 52 følger at forliksrådsmedlemmer skal anses som dommere i henhold til domstolovens regler, og dette må innebære at de også er omfattet av § 55. I tillegg medfører reglene i § 59 jf § 70-74 at et medlem kan fjernes dersom det viser seg at det ikke oppfyller kriteriene for å være forliksrådsmedlem. Utenom disse tilfellene må forliksrådsmedlemmene nyte samme stillingsvern som dommerne ellers i det ordinære domstolhierarki under oppnevnesperioden, og det kreves dom for avskjedigelse.⁴¹⁰ Stillingsvernet for medlemmene av forliksrådet er således i tråd med det som kan utledes av EMD-praksis.⁴¹¹

Arbeidsretten.

I Arbeidsretten gjelder ulike regler for fagdommerne og de øvrige dommerne. Fagdommerne er i henhold til Arbeidstvistloven § 37 (2) embetsmenn og har således tilsvarende stillingsvern som ordinære dommere. De andre dommerne blir oppnevnt på åremål.⁴¹² Disse dommernes stillingsvern reguleres således av tjenestemannsloven.⁴¹³ Av tjenestemannsloven § 7 (2) følger at tjenestemann tilsatt på åremål fratrer stillingen uten oppsigelse når tilsettingstiden løper ut.

⁴⁰⁸ NOU 2002:9 s. 120.

⁴⁰⁹ Dstl. § 55.

⁴¹⁰ Dstl § 52 jf § 55 fjerde ledd.

⁴¹¹ Se punkt 2.3.3 iii.

⁴¹² *Debens* (1989), s. 85 og note 386.

⁴¹³ Tjenestemannsloven § 3 (2) f jf § 1.

Adgang til oppsigelse under tilsettingsperioden er regulert i tjenestemannsloven § 9; det må foreligge saklig grunn i virksomhetens eller tjenestemannens forhold. Det fremgår ikke av § 9 hvilke grunner dette kan være, men § 10 kan gi en viss veiledning for saklige grunner til oppsigelse generelt; arbeidet faller bort, tjenestemannen mangler de nødvendige kvalifikasjoner, varig sykdom hos tjenestemannen som gjør han ute av stand til å ivareta sin tjeneste eller andre forhold som gjør vedkommende varig ute av stand til forsvarlig å «røkte sin tjeneste». Selv om stillingsvernet er ulikt for fagdommerne og de øvrige dommerne i Arbeidsretten, vil de krav som kan utledes av EMD-praksis trolig anses oppfylt, i og med at reguleringen er klar og forutsigbar og angir hvilke årsaker som kan legges til grunn for oppsigelse.

Trygderetten.

Trygderettens faste medlemmer blir som nevnt utnevnt av Kongen. Disse har status som embetsmenn og er derved sikret et sterkt stillingsvern etter Grunnloven § 22 andre ledd.⁴¹⁴ Rettsfullmektigene ved Trygderetten blir ansatt for en bestemt tidsperiode av Trygderettens leder. Det fremgår ikke eksplisitt av trygderettslovens regler hvilket stillingsvern de har i denne perioden, men i forarbeidene til loven som innførte denne ordningen fremheves det at stillingene bygger på dommerfullmektigordningen.⁴¹⁵ På grunnlag av dette må en anta at domstoloven § 55 h kan anvendes analogisk for også å omfatte rettsfullmektigene i Trygderetten, slik at de ikke kan avskjediges under tilsettingsperioden uten etter dom.

Det kan være en svakhet ved systemet i Trygderetten at rettsfullmektigene ikke er gitt et eksplisitt stillingsvern tilsvarende det som gjelder for dommerfullmektiger, men det er usikkert om dette kan føre til krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. Her vil man gjerne se på realiteten ved disse stillingene, og komme til at stillingsvernet er tilstrekkelig sikret ved analogi fra domstolovens regler.

⁴¹⁴ Det står ikke uttrykkelig i Trygderettsloven at de er embetsmenn, men er klart slått fast for eksempel i NOU 1976:56 Anke til Trygderetten, på side 47 og må følge av det faktum at de blir utnevnt av Kongen. I og med at de ikke faller inn i noen kategori oppregnet i Grunnloven § 22 første ledd, må det derfor bety at de er uavsettelige embetsmenn etter paragrafens andre ledd.

⁴¹⁵ Ot.prp.nr 42 (1996-1997) s. 29.

4.5.2.2 Instruksjonsmulighet og underordningsforhold.

4.5.2.2.1 De alminnelige domstolene.

Kjernen i prinsippet om domstolenes uavhengighet er at de skal utøve sin dømmende gjerning på selvstendig grunnlag og uten ytre påvirkning eller press. Dette forutsetter at de ikke er underlagt instruksjonsmyndighet fra noen av de andre statsmaktene eller andre dommere. I *Agrokompleks-dommen*⁴¹⁶ fra EMD kan man se et eksempel på at denne del av prinsippet ble åpenlyst krenket. Der hadde de øverste statslederne forsøkt å intervenere i en pågående sak, og domstollederen hadde bedt to dommere om å revurdere en avgitt kjennelse. Denne dommen vil jeg komme tilbake til nedenfor. Først skal vi se på forholdet mellom de ordinære domstolene og de andre statsmaktene i Norge, og deretter forholdet internt i domstolene.

Spørsmålet her er hvor grensen går for interaksjon mellom lovgiver, utøvende makt og domstolene. Når er det legitimt for lovgivende og utøvende makt å binde domstolene, og når må man sette grensen av hensyn til domstolenes uavhengighet?

Domstolene skal dømme i henhold til lover gitt av Stortinget. Stortingets lovgivningskompetanse følger av Grl. §§ 49 og 75. Grunnloven legger også begrensninger på lovgivningskompetansen; § 97 forbyr tilbakevirkende lover, og bestemmelser som §§ 99,105 og 100 gir borgerne rettigheter som lovgiver må respektere. En av domstolenes oppgaver er å føre kontroll med at lovene er i tråd med Grunnloven. Domstolenes prøvingsrett av lovers grunnlovsmessighet er mye diskutert i teorien, men vil ikke bli behandlet her, da det ikke er absolutt relevant for fremstillingens tema.⁴¹⁷ Det er likevel absolutt relevant å være bevisst det faktum at domstolene *har* en slik prøvingsrett, da dette er en funksjon som forutsetter uavhengighet for å være reell. Dersom domstolene var avhengige av Stortinget ved utøvelsen av sin prøvingsrett ville det jo nettopp ikke være snakk om en reell prøving, men snarere en bekreftelse av Stortingets mening. Tilsvarende gjelder for utøvende makt; den kan ha delegert lovgivningsmyndighet og da har domstolene en tilsvarende prøvingsrett.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Agrokompleks mot Ukraina, 6.oktober 2011.

⁴¹⁷ Om domstolenes prøvingsrett se *Andenæs/Fliflet (2006)*, s. 345 flg og *Smith (2012)* kap.VII 6.

⁴¹⁸ Om delegasjonsadgang og omfang, se *Eckhoff/Smith (2010)*, kapittel 9.

I 2003 endret man Grunnloven slik at det nå er forbudt for høyesterettsdommere å sitte som stortingsrepresentanter.⁴¹⁹ I forarbeidene begrunnes dette med maktfordelingsprinsippet, og Holmøyvik argumenterer for at dette hadde sammenheng med en stadig mer fremtredende kontrollfunksjon for domstolene gjennom prøvingsretten.⁴²⁰ Vi har eksempler på at høyesterettsdommere, endog justitiarius har kommet fra utøvende og lovgivende makt i Norge; Paal Olav Berg var justisminister i 1924-1926, og ble høyesterettsjustitiarius i 1929.⁴²¹ Emil Stang var fremtredende i politikken på 1920-tallet, for Arbeiderpartiet og ved dannelsen av kommunistpartiet, og virket senere som høyesterettsdommer fra 1936.⁴²² Terje Wold, som var høyesterettsjustitiarius fra 1958-1969, hadde tidligere vært justisminister og stortingsrepresentant.⁴²³ Som vi så under punkt 3.2 opplevde britene det som problematisk at dommerne var del av den lovgivende makt. I Norge har det ikke skjedd at en dommer samtidig har vært del av den utøvende eller lovgivende makt, men lovendringen fra 2003 kan markere et ønske om ytterligere adskillelse mellom Høyesterettsmedlemmer og de øvrige statsmakter, i tråd med prinsippet om domstolenes uavhengighet.

For forholdet mellom domstolene og Stortinget eller den utøvende makt med delegert lovgivningsmyndighet er forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft i Grl. § 97, den viktigste begrensningen på deres innflytelse.⁴²⁴ Forbudet omfatter både formell lov vedtatt av Stortinget etter Grl. §§ 75-79, samt plenumsbeslutninger i Stortinget, forskrifter vedtatt av forvaltningen på grunnlag av delegert lovgivningsmyndighet og provisoriske anordninger etter Grl. § 17.⁴²⁵ I sin reneste form innebærer Grl. § 97 at en lov ikke kan gis anvendelse på handlinger som skjedde i tid før vedtakelsen av loven.⁴²⁶ En følge av Grl. § 97 er derved at

⁴¹⁹ Grunnloven § 62 første ledd andre punktum.

⁴²⁰ NOU 2001:3 s. 74 og *Holmøyvik (2012)*, på side 124.

⁴²¹ http://snl.no/Paal_Olav_Berg

⁴²² http://nbl.snl.no/Emil_Stang/utdypning_%E2%80%93_1

⁴²³ http://snl.no/Terje_Wold

⁴²⁴ Omfanget og betydningen av tilbakevirkningsforbudet er utførlig drøftet i *Høgberg (2010)*.

⁴²⁵ *Høgberg (2010)* s. 148-171.

⁴²⁶ *Høgberg (2010)* s. 195-198.

lovgivningskompetansen ikke kan benyttes til å oppnå et bestemt resultat i en forestående rettssak, fordi forholdet rettstvisten knytter seg til allerede har oppstått.

Fra EMD-praksis vet vi at også «*appearance of independence*» er av betydning. Dette er begrunnet på blant annet tillitshensynet, som også Domstolkommisjonen la betydelig vekt på da de vurderte domstolenes stilling i samfunnet.⁴²⁷ For at dette skal ivaretas er det viktig at det heller ikke utad fremstår som om lovgiver og utøvende makt kan instruere domstolene i den enkelte sak, for eksempel ved uttalelser i media og lignende. I England så vi at man i Constitutional Reform Act 2005 inntok en bestemmelse om at ministre og andre med tilknytning til utøvende eller lovgivende makt ikke skulle forsøke å påvirke domstolenes virksomhet.⁴²⁸ Tilsvarende bestemmelse har vi ikke i Norge. Stortingsrepresentanter kan i utgangspunktet uttale seg som de vil. Allikevel skjer det så godt som aldri at Stortingsrepresentanter uttaler seg om saker innenfor domstolenes domene. For de enkelttilfellene hvor det har skjedd at Stortingsrepresentanter har uttalt seg om noe som tilhører domstolenes kompetanse, har det blitt underkjent av hensynet til domstolenes uavhengighet. Eksempler på dette var da et stortingsvedtak på 1950-tallet fastslo at Bondelagets aksjon var «ulovlig» før domstolene hadde tatt stilling til det, og da man på slutten av 1990-tallet forsøkte å få vedtatt et forslag om å henstille til domstolene å heve straffnivået innenfor de gjeldende strafferammene.⁴²⁹ Den store forskjellen mellom engelsk og norsk rett kommer her til syne; i Norge følger prinsippet om domstolenes uavhengighet av Grunnloven og har derved sterk gjennomslagskraft. Dette må være årsaken til at man har såpass få tilfeller av at stortingsrepresentanter forsøker å påvirke domstolene utenom lovgivningsarbeidet.⁴³⁰

Tilsvarende kan anføres for den utøvende makt; da Domstolkommisjonen utredet domstolenes stilling i samfunnet kunne de konstatere at det var en lang og rotfestet tradisjon

⁴²⁷ Se punkt 2.3.3 iv, og punkt 4.4.

⁴²⁸ CRA 2005 section 3.

⁴²⁹ Se Stort.forh. fra 1951 s. 1343 og Dok.nr.8: 60 (1997-98) og Innst.S.nr.168 (1997-1998).

⁴³⁰ Uttalelser om lover som kommer i tid etter vedtakelse av loven, såkalte «etterarbeider», er av Høyesterett tillagt ulik vekt avhengig av rettsområde, se *Eckhoff (2001)* s. 95-100. I Rt. 2009 s. 1412 kunne uttalelser om vesentlig straffeskjerpelser i forarbeider til ny lov ikke tillegges vekt for handlinger som skjedde før vedtakelsen av den nye loven, på grunn av Grl. § 97 og EMK art. 7.

og kultur i sentrale deler av norsk statsforvaltning for å respektere domstolenes uavhengighet i dette henseendet.⁴³¹ Selv om det ikke er eksplisitt fastsatt at medlemmer av lovgivende og utøvende makt ikke skal forsøke å påvirke domstolenes virksomhet ved instruksjoner, følger det som en konsekvens av at prinsippet om domstolenes uavhengighet har konstitusjonell rang.

Man må også ta et forbehold i denne sammenheng; det er nemlig områder hvor forvaltningen legitimt *kan* instruere dommere. I de delene av en dommers virke som anses som rene forvaltningsoppgaver er de underlagt ordinær instruksjonsmyndighet.⁴³² Tidligere gjaldt det for eksempel tinglysning. Stadig flere slike forvaltningsoppgaver er flyttet ut fra domstolene og tillagt egne organer (tinglysning blir nå utført av Statens Kartverk på Hønefoss), blant annet av hensyn til domstolenes uavhengighet.⁴³³ Igjen er det hensiktsmessig å vise til at EMD legger vekt på «*appearance of independence*», og at man skal søke å ivareta folks tillit til domstolene. Det at flere og flere forvaltningsoppgaver tas ut av domstolene vil styrke inntrykket av domstolenes uavhengighet, og være med på å rendyrke domstolene som dømmende organer utenfor forvaltningens påvirkningssfære.

Kravet om uavhengighet i den dømmende gerning, og frihet fra instruksjoner om hvordan denne skal utøves, gjelder etter EMD-praksis ikke bare for forholdet til de øvrige statsmakter, men også internt i domstolen. Dette kan best illustreres ved *Agrokompleks*-dommen.⁴³⁴ Der hadde ikke bare domstolen som behandlet saken blitt utsatt for åpenlyst press fra høytstående medlemmer av den utøvende makt, men domstollederen hadde bedt dommerne i saken om å revurdere en kjennelse. Om den interne uavhengighet uttrykker EMD følgende;

⁴³¹ NOU 1999:19 Domstolene i samfunnet, s. 134. På side 132 viser de også til tre kumulative forutsetninger som må til for at det kan skje en påvirkning og som man anså svært usannsynlig ville inntre; det forutsetter et tjenlig virkemiddel, at personer i den utøvende makt som ønsker å påvirke og at dommeren rent faktisk lar seg påvirke.

⁴³² *Andenæs/Fliflet (2006)*, s. 208.

⁴³³ Se NOU 1999:22 Domstolene i førsteinstans, side 55-56, fulgt opp i lov 12.09.2003 nr. 93.

⁴³⁴ *Agrokompleks mot Ukraina*, 6.oktober 2011.

*«...This internal judicial independence requires that judges be free from directives or pressures from fellow judges or those who have administrative responsibilities in a court such as, for example, the president of the court...»*⁴³⁵

For de norske domstolene innenfor det ordinære domstolhierarki er det særlig forholdet mellom domstollederen og den enkelte dommer som er aktuelt, men også en “likestilt” dommer som utøver press mot en annen vil kunne omfattes. Om det konkrete tilfellet i *Agrokompleks* hvor domstollederen hadde bedt dommerne revurdere en kjennelse uttaler EMD følgende;

*«The court considers such influence by a judicial superior on the course of the proceedings to be contrary to the principle of internal judicial independence...»*⁴³⁶

I de norske domstolene er domstollederens oppgaver regulert i domstolloven. Alle instanser skal ha en leder, og i alle instanser er det lederen som skal fordele sakene.⁴³⁷ Som regel fordeles sakene etter et tilfældighetsprinsipp, men dette er ikke påkrevet.⁴³⁸ I lagmannsretten og tingretten har domstollederen alene hovedansvaret for administrative forhold.⁴³⁹ I Høyesterett er dette et kollegialt ansvar, hvor fem dommere skal være med på avgjørelsene dersom ikke annet følger av lov.⁴⁴⁰ En del administrative oppgaver er likevel tillagt domstollederen i Høyesterett særskilt, slik som å fordele saker og lede «rettens forretninger».⁴⁴¹ På grunnlag av uttalelsene fra EMD i *Agrokompleks*-dommen er det en

⁴³⁵ Agrokompleks, para 137.

⁴³⁶ Agrokompleks, para 139.

⁴³⁷ For Høyesterett; dstl. § 3, jf. § 8. Lagmannsretten; § 10 jf. § 11. Tingrettene; § 19 første og tredje ledd.

⁴³⁸ Det er omstridt hvorvidt tilfældighetsprinsippet råder i Norge, og om det er del av prinsippet om domstolenes uavhengighet. Se særlig Anders Melteig, *Tilfældighetsprinsippets betydning for uavhengige domstoler*, i LoR 1992 s. 425 og Bjørn Stordrange, *Rettsikkerheten og tilfældighetsprinsippet*, LoR 1993 s. 261. EMD har uttalt i Bochan mot Ukraina, 3.mai 2007 para 71-72, at fordelingen av saker ligger innenfor statens skjønnsmargin, men at det må gjøres etter en vektning av objektive momenter. Tilfældighetsprinsippet er også anbefalt i Rec No. R (94) 12 første prinsipp nr 2 e).

⁴³⁹ Lagmannsretten; dstl. § 13, tingretten; dstl. § 21.

⁴⁴⁰ Dstl. § 7.

⁴⁴¹ Dstl. § 8.

domstolleders mulighet for «innblanding» i den enkelte sak som er av interesse, og ikke rent administrative forhold.

I sivile saker har man regler om saksstyring i tvisteloven §§ 11-6 og 11-7. I henhold til § 11-6 har dommeren plikt til å sørge for sakens fremdrift. Selv om domstollederen som hovedregel ikke kan ta avgjørelser knyttet til enkeltsakene,⁴⁴² har han etter tvisteloven § 11-7 fått et ansvar for å gripe inn dersom en dommer ikke oppfyller plikten til å sørge for sakens fremdrift etter § 11-6. Begrunnelsen for pliktene til både saksforberedende dommer og domstollederen etter disse bestemmelsene er at partene har krav på en effektiv behandling innen rimelig tid, i henhold til EMK art. 6 nr. 1 og art. 13.⁴⁴³ I henhold til kravet om uavhengighet er dette ivaretatt ved at domstollederen kun har adgang til å gripe inn når plikten etter § 11-6 forsømmes, og ikke fordi han er uenig med de avgjørelsene dommeren tar i saksforberedelsen.⁴⁴⁴ Det må være den sistnevnte type «innblanding» som EMD sikter til i *Agrokompleks*-dommen, og situasjoner som var tilfellet der, at domstolleder ber dommeren revurdere en allerede avsagt kjennelse. Domstollederens plikt etter § 11-7 kan strengt tatt virke inn på en dommers uavhengighet, men i slike tilfeller må hensynet til at partene har krav på å få sakene avgjort innen rimelig tid veie tyngre. Som vi vil se under punkt 4.5.2.3 er sendretighet i saksstyringen et gjennomgående klagegrunnlag i disiplinærsakene.

En tilsvarende regel som tvl. § 11-7 har man ikke i straffesaker, slik at en må anta at domstollederen ikke kan gripe inn på samme måte overfor dommeren der. Det er likevel mulig, som vi skal se under, å klage en sendrettig dommer inn for Tilsynsrådet.

4.5.2.2 Instruksjonsmulighet og underordningsforhold ved særtribunalene.

I likhet med de alminnelige domstolene, utøver særtribunalene en dømmende funksjon med betydning for den enkelte, men innenfor et begrenset fagområde. Når man har lagt dømmende funksjoner til særskilte organer er det av tilsvarende viktighet at disse organene kan utøve funksjonen på uavhengig grunnlag. I motsatt fall ville hele hensikten med å opprette slike organer falle på stengrunn. I det følgende vil jeg derfor undersøke om særtribunalene med

⁴⁴² Jf Dstl. §§ 7, 13 og 21.

⁴⁴³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 409.

⁴⁴⁴ Ibid.

dømmende myndighet er underlagt instruksjonsmyndighet, og hvordan det interne forholdet i tribunalene er organisert.

Jordskifterettene.

Jordskifterettene er anerkjent som særdomstoler i domstolloven. De ble likevel ikke like inngående vurdert som de ordinære domstolene i NOU 1999:19. Det ble satt ned et eget utvalg, Løken-utvalget, som vurderte jordskifterettene særskilt.⁴⁴⁵ På dette tidspunkt var jordskifterettene underlagt Landbruksdepartementet, og Løken-utvalget vurderte blant annet forholdet mellom departementet og jordskifterettene. De fant at det hadde utviklet seg et nært samarbeid mellom departement og jordskifterettene, hvor ingen av partene så ut til å ha et bevisst forhold til domstolenes uavhengighet.⁴⁴⁶ Blant annet ble det utformet instruksjer sentralt som kunne gi inntrykk av at jordskifterettene var underlagt en instruksjonsmyndighet som vanskelig kunne forenes med kravet til uavhengighet.⁴⁴⁷ Utvalget fant at dersom jordskifterettene skulle opprettholdes som særdomstoler var det hensiktsmessig å skape større distanse mellom sentralforvaltning og domstolene.⁴⁴⁸ Ved lov av 20.februar 2004 nr. 7 ble jordskifterettene underlagt Domstoladministrasjonen. Jordskifterettene står etter dette i en lignende stilling som de ordinære domstolene, og jeg viser derfor til fremstillingen ovenfor med hensyn til instruksjonsmyndighet og forholdet mellom forvaltningen og domstolene.

Kravet om uavhengighet gjelder som tidligere nevnt også internt i domstolene.⁴⁴⁹ Etter jordskifterettene ble underlagt DA, ble administrative oppgaver som tidligere lå hos Landbruksdepartementet tillagt jordskifterettens ledere. Det tilligger nå jordskifterettens leder blant annet å gi allment løyve til jordskifte kandidater, og lederen avgjør hvor mange medlemmer som trengs til meddommerutvalget.⁴⁵⁰ Rollen som jordskifterettsleder tilsvarer nå i stor grad domstollederens rolle i de ordinære domstolene.

⁴⁴⁵ NOU 2002: 9 Jordskifterettens stilling og funksjoner.

⁴⁴⁶ NOU 2002:9 s. 117 flg.

⁴⁴⁷ Ibid.

⁴⁴⁸ NOU 2002:9 s. 135-136.

⁴⁴⁹ Se Agrokomples mot Ukraina, 6. oktober 2011, para 137.

⁴⁵⁰ Jordskifteloven § 7 fjerde ledd og § 8.

Forliksrådet.

Forliksrådene virke er delvis regulert i domstoloven og delvis i tvisteloven. Bestemmelser om forliksrådets kompetanse og saksbehandling fremgår av tvisteloven kapittel 6, mens de mer organisatoriske forhold og bestemmelser om forliksrådets medlemmer er regulert i domstoloven § 27 og kapittel 3. For å finne ut om forliksrådet er underlagt noen form for instruksjonsmyndighet er det nødvendig å undersøke om de er underordnet en forvaltningsmyndighet. Om forholdet til Stortinget og forvaltningen mer generelt gjelder det samme som for de ordinære domstolene.

Kommunen har det overordnede administrative ansvaret for forliksrådene.⁴⁵¹ Dette ansvaret er i all hovedsak begrenset til oppnevnesmyndighet og eventuelt om forliksrådet skal deles inn i avdelinger.⁴⁵² Sekretariatsfunksjonen for forliksrådet tilligger politiet, enten ved lensmannen, namsfogden eller en politistasjon.⁴⁵³ Forholdet mellom sekretariatet og forliksrådet er regulert av Tvistelovforskriften av 21.12.2007 nr. 1605. Av Tvistelovforskriften fremgår det at sekretariatet skal utføre oppgaver og støttefunksjoner som naturlig er en del av sekretariatsoppgavene for en domstol.⁴⁵⁴ Sekretariatet kan ikke instruere forliksrådet, men forliksrådets leder kan instruere sekretariatet.⁴⁵⁵ Etter dette må en kunne legge til grunn at forliksrådene ikke er underlagt noen form for instruksjonsmyndighet, og at forliksrådene kompetanse, saksbehandling og organisasjon er uttømmende regulert i henholdsvis domstoloven og tvisteloven.

Innad i forliksrådet følger det av dstl. § 27 tredje ledd, at det skal oppnevnes en formann for hvert forliksråd. Stort sett henvises det i tvisteloven kapittel 6 til «forliksrådet», slik at kompetansen ligger til et samlet forliksråd. Av tvl. § 6-12 andre ledd følger dog at forliksrådslederen kan ta avgjørelser om saksbehandlingen utenom møter, tilsvarende det saksforberedende dommer kan gjøre i henhold til § 19-2 andre ledd. Øvrige avgjørelser treffes

⁴⁵¹ NOU 2001:32 Rett på sak s. 248.

⁴⁵² Dstl. § 57 jf. § 27 tredje, fjerde og sjuende ledd.

⁴⁵³ Dstl. § 27 sjette ledd.

⁴⁵⁴ Tvistelovforskriften av 21.12.2007 nr. 1605 §1

⁴⁵⁵ Ibid.

av forliksrådet i felleskap, og man må derved kunne legge til grunn at forliksrådets medlemmer i stor grad er likestilte.

Arbeidsretten og Trygderetten.

Ved behandling av instruksjonsmyndighet kan Arbeidsretten og Trygderetten behandles under ett. De er organisert under samme departement, og har samme formelle status som del av forvaltningen. Spørsmålet i denne sammenheng blir om det administrative ansvaret Arbeidsdepartementet har for Trygderetten og Arbeidsretten også medfører en instruksjonsmyndighet, og eventuelt hvor omfattende instruksjonsmyndigheten er.

Innenfor forvaltningen er utgangspunktet at et overordnet organ har instruksjonsmyndighet over et underliggende, både når det gjelder saksbehandling og skjønnsutøvelse.⁴⁵⁶ Når dette er den generelle hovedregel, er det *unntakene* som må særlig begrunnes. For Trygderetten og Arbeidsretten er det ikke fastsatt eksplisitt ved lov at departementet ikke skal ha instruksjonsmyndighet. Det er imidlertid forutsatt for både Trygderetten og Arbeidsretten at de *faktisk* er unntatt instruksjonsmyndighet i den enkelte sak.⁴⁵⁷ Allikevel må man legge til grunn at departementet har en viss adgang til å instruere domstolene mer generelt, og spørsmålet blir så hvor omfattende denne instruksjonsmyndigheten er.

Forholdet mellom Arbeidsretten og departementet kommer delvis til syne i enkeltbestemmelser i arbeidstvistloven. For eksempel gir arbeidstvistloven § 37 (3) departementet rett til å gi permisjoner, frita og oppnevne dommere og varadommere i Arbeidsretten i oppnevningsperioden. Arbeidstvistloven § 36 (3) bestemmer at departementet fører register over dommernes sidegjøremål og § 41 (1) gir departementet myndighet til å oppnevne stedfortreder ved inhabilitet. Utover dette er forholdet ikke regulert i lov. Tilsvarende oppgaver er i Trygderetten tillagt rettens leder, eller ikke regulert i loven.⁴⁵⁸

Som administrativt ansvarlig departement har Arbeidsdepartementet en rett til å instruere domstolene om administrative forhold. Med det administrative ansvaret følger blant annet

⁴⁵⁶ Eckhoff/Smith (2010), s. 164.

⁴⁵⁷ Ibid s. 528.

⁴⁵⁸ Trygderettsloven § 9 jf. § 8 gir Trygderettens leder rett til å utpeke erstatning for en dommer som er ugild. De øvrige tilfellene er ikke regulert i trygderettsloven.

fordeling av de midler departementet har fått bevilget fra Stortinget. Slik fordeling skjer til de enkelte underordnede organene ved tildelingsbrev. For å finne ut omfanget av departementets instruksjonsmyndighet i administrativt henseende vil et slikt tildelingsbrev være veiledende, da det ofte inneholder instruksjoner til virksomheten.⁴⁵⁹

Både tildelingsbrev til Trygderetten og til Arbeidsretten fra 2012 viser at instruksene som gis i all hovedsak begrenser seg til rent administrative forhold, slik som fordelingen av budsjetterte midler.⁴⁶⁰ Videre viser man i tildelingsbrev 2012 til Arbeidsretten at man ønsker å fortsette arbeidet med å redusere saksbehandlingstiden, uten å gå mer konkret til verks enn det.⁴⁶¹ I tildelingsbrev 2012 til Trygderetten oppstiller man derimot krav for maksimal gjennomsnittlig saksbehandlingstid.⁴⁶² I tillegg setter man krav om at Trygderetten, for å sikre lik praksis og likebehandling, skal sette minst fem saker med fem rettsmedlemmer.⁴⁶³ I de sakene har Trygderetten orienteringsplikt til Arbeids- og velferdsdirektoratet og Arbeidsdepartementet. Trygderettens sammensetning i den enkelte sak følger av trygderettsloven § 7, og i henhold til denne bestemmelsen er det administrator i den enkelte sak som avgjør om den skal behandles som «forsterket» rett.⁴⁶⁴ Dette er formelt ivaretatt ved at departementet i tildelingsbrevet ikke gir noen nærmere anvisning på *hvilke* saker som skal settes med forsterket rett. Det kan likevel fremstå som om departementet, i hvert fall i relasjon til Trygderetten, kan legge føringer for ikke bare rent administrative forhold, men til dels også saksbehandlingen. Når det gjelder saksbehandlingstiden er det neppe problematisk at man legger føringer for ønsket maksimal tid, da dette ivaretar andre viktige hensyn, slik som retten til å få en sak avgjort innen rimelig tid.⁴⁶⁵ Forutsetningen her må være at man samtidig bevilger nok midler til

⁴⁵⁹ Eckhoff/Smith (2010) s. 86.

⁴⁶⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/tildelingsbrev/tildelingsbrev-2012.html?id=670305>

⁴⁶¹ Tildelingsbrev til Arbeidsretten 2012, s.1. Tildelingsbrevene til Arbeidsretten i perioden 2008-2012 har svært lik utforming, og ingen av dem inneholder nærmere fastsetting av ønsket saksbehandlingstid.

⁴⁶² Tildelingsbrev til trygderetten 2012, s. 2 «Departementet har på denne bakgrunn videreført kravet om at gjennomsnittlig saksbehandlingstid ikke skal overstige 4 måneder.»

⁴⁶³ Ibid, side 3.

⁴⁶⁴ Trygderettsloven § 7 femte ledd.

⁴⁶⁵ Et krav som bl.a. følger av EMK art. 6 nr. 1.

oppnåelse av føringene, slik at det ikke går utover kvaliteten i saksbehandlingen. Dette gjelder generelt for både særdomstolene og de alminnelige domstoler. Dersom man i tillegg skal oppstille retningslinjer for hvordan saksbehandlingen skal foregå, utenom ved prosessregler i lov, bør man av hensyn til domstolenes uavhengighet være tydelig på at det er retningslinjer, og ikke krav, slik at dommeren selv kan foreta vurderingen konkret i den enkelte sak.

Som tidligere nevnt er utgangspunktet i forvaltningen at overordnet organ har instruksjonsmyndighet overfor underordnet organ, og at det er unntakene som må begrunnes. Som vi har sett har man forutsatt at både Arbeidsretten og Trygderetten skal være unntatt instruksjonsmyndighet i den enkelte sak. Man legger til grunn at Arbeidsretten og Trygderetten skal være uavhengige av departementet på grunn av den funksjon de utøver. Allikevel har man ikke fastsatt ved lov at de skal ha en uavhengig stilling, og de omtales som underliggende «etater».⁴⁶⁶ Det skal her bare minnes om at EMD også vektlegger «*the appearance of independence*», og at det kan være egnet til å skape tvil om organenes uavhengighet dersom instruksjonsmyndigheten og realitetene ellers i underordningsforholdet ikke er klart fastsatt.

Den europeiske menneskerettsdomstol har lagt til grunn at uavhengighetskravet også gjelder internt i domstolen.⁴⁶⁷ Både Trygderetten og Arbeidsretten har ledere, men ledernes rolle i de to organene er litt ulik. I Trygderetten har lederen adgang til å gi regler om saksforberedelsen og om rettens sammensetning i den enkelte sak. I tillegg kan han delegere myndighet til å trekke lekmedlemmer til en av de andre dommerne. Trygderettens leder kan derimot ikke gripe inn i behandlingen av den enkelte sak.⁴⁶⁸

Av forarbeidene til arbeidstvistloven fremgår det at de ulike oppgavene i praksis ble fordelt mellom medlemmene av retten, slik at det ikke var hensiktsmessig å lovfeste at visse oppgaver skulle utføres av rettens leder.⁴⁶⁹ Arbeidstvistloven inneholder derfor stort sett henvisninger til «retten» og ikke «rettens leder» når det tildeles avgjørelseskompetanse

⁴⁶⁶ Bl.a i Tildelingsbrevet til Trygderetten 2012.

⁴⁶⁷ Agrokompleks mot Ukraina.

⁴⁶⁸ Ot.prp. nr. 52 (1986-87) s. 2.

⁴⁶⁹ Prop. 134 L (2010-2011) s. 54.

tilknyttet for eksempel saksstyring. Dette tilsier at man i Arbeidsretten opererer med en mer «flat struktur», og at lederen kun har særlig ansvar i noen få tilfeller.⁴⁷⁰

Ved behandlingen av instruksjonsmyndighet har EMD lagt vekt på de faktiske forhold og den formelle stilling. Det vil si at de både har vurdert om det *har* blitt gitt instruks i den enkelte sak og om det *kunne* ha blitt gitt instruks.⁴⁷¹ Dette har sammenheng med «*the appearance of independence*» og den fundamentale betydning av at folket og partene har tillit til domstolene.⁴⁷² Ved de norske særtribunalene har vi sett at instruksjonsmyndigheten for overordnet organ er svært begrenset. Det er riktignok ikke lovfestet at tribunalene skal være unntatt instruksjonsmyndighet, men det følger av andre rettskilder, som blant annet forarbeider. I *Sramek*-dommen blir det lagt vekt på blant annet at:

«...*Government of the Tyrol are prevented by law from giving their civil servants instructions on carrying out their judicial functions...*»⁴⁷³

I dette tilfellet var “law” faktisk skreven lov, men lovkravet i EMK er ikke begrenset til lov i snever forstand, men omfatter anerkjent nasjonal rett som er klar og forutsigbar.⁴⁷⁴ I norsk rett er forarbeider en viktig rettskilde, så når særtribunalene er eksplisitt unntatt instruksjonsmyndighet i forarbeidene vil det trolig være tilstrekkelig i henhold til lovkravet.

4.5.2.3 Disiplin

4.5.2.3.1 De alminnelige domstolene.

Disiplin i domstolene er ikke del av de momentene som er oppstilt av EMD som del av uavhengighetskravet. Det er likevel et moment som kan ha en side til uavhengighetskravet og da man gjennomgikk administrasjonen av domstolene på begynnelsen av 2000-tallet var disiplin et av drøftingstemaene. Disiplinforføyninger overfor dommere er et tosidig problem;

⁴⁷⁰ For eksempel ved inhabilitetsinnsigelser, se arbeidstvistloven § 40 (3).

⁴⁷¹ Se *Agrokompleks*-dommen, para 133 og 136.

⁴⁷² *Sramek*, para 42.

⁴⁷³ *Sramek*, para 41.

⁴⁷⁴ Se *Aall* (1995), side 157-158 om lovkravet i «tribunal established by law».

på den ene side er dommere mennesker de med og kan derved også begå feil. Av hensyn til de som opptrer i retten og publikum generelt vil det således være vanskelig å fordre tillit dersom en dommer kan fare frem på utilbørlig vis uten at det kan sanksjoneres på noen måte. På den andre side kan det være problematisk om dommere hele tiden må være på vakt for ikke å risikere «straff» fra disiplinærmyndigheter. For eksempel må dommeren, av hensynet til sakens opplysning og det endelige målet om en materielt riktig dom, kunne kreve at partene oppgir alle relevante opplysninger. Dersom han ved utøvelsen av dette må bekymre seg for om partene senere skal innklage ham for en disiplinærnemnd, vil han kanskje være mer forsiktig med å legge (tilbørlig) press på partene. Det vil igjen kunne ha konsekvenser for kvaliteten i dommen, og da som en indirekte følge av at dommeren ikke var tilstrekkelig uavhengig i sin gjerning. Det er derfor nødvendig med en ordning som i mest mulig grad er betryggende for alle parter.

Før endringen av domstolsadministrasjonen på begynnelsen av 2000-tallet lå kompetanse til å avgjøre klager mot dommere til Justisdepartementet.⁴⁷⁵ Man antok at regjeringen i kraft av Grunnloven § 22 hadde rett og plikt til å føre tilsyn med dommere, og dette ble tidligere gjort av Justisdepartementet på vegne av regjeringen.⁴⁷⁶ Justisdepartementet kunne da gi en dommer kritikk for forhold i tjenesteutøvelsen, men også private forhold som gikk utover «vedkommende dommers anseelse og borgerlige aktelse».⁴⁷⁷ Slike saker ble enten tatt opp av departementet på eget initiativ eller etter klage, uten at man hadde en formalisert klageordning. Domstolkommisjonen kom til at man burde opprette en egen disiplinærmyndighet for å sikre tilliten til domstolene og for å skape felles retningslinjer for «god dommerskikk».⁴⁷⁸

Ved lov av 15.juni 2001 nr. 62 ble det tilføyd et nytt kapittel 12 i Domstolloven om behandling av klager på og disiplinærtiltak mot dommere. Slike saker blir behandlet av Tilsynsutvalget for dommere (Tilsynsutvalget), og omfatter dommerne i de ordinære domstolene, samt jordskifterettene. Av domstolloven §§ 235-240 fremgår det nå hvem som

⁴⁷⁵ Ot.prp.nr.44 (2000-2001) s. 240.

⁴⁷⁶ Ibid.

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ NOU 1999: 19 Domstolene i samfunnet, s. 441 og 443.

kan klage, hvem som kan avgjøre klager og disiplinærtiltak, saksbehandling ved Tilsynsutvalget og på hvilke grunnlag man kan ilegge disiplinærtiltak.

Tilsynsutvalgets vedtakskompetanse er regulert i dstl. § 236; dersom en dommer «*forsettlig eller uaktsomt overtrer de plikter som stillingen medfører, eller for øvrig opptrer i strid med god dommerskikk*» kan Tilsynsutvalget treffe vedtak om disiplinærtiltak. I henhold til § 236 andre ledd kan et slikt disiplinærtiltak være kritikk eller advarsel, hvorav advarsel er mest alvorlig. I denne sammenheng er det av interesse å undersøke hva som skal til for at en dommer kan sies å «*overtre de plikter stillingen medfører*» eller «*opptre[r] i strid med god dommerskikk*». I Ot.prp.nr.44 (2000-2001) gis det på side 246 en kort redegjørelse for hva som kan karakteriseres som kritikkverdig adferd; «*utilbørlig opptreden overfor tiltalte eller vitner, alvorlig eller gjentatt sendrektighet under saksforberedelse og kvalifiserte forsinkelser i domsskriving*». I tillegg gikk man inn for at overtredelse av arbeidsrettslige plikter tilknyttet tilsettingsforholdet burde omfattes, for eksempel overtredelse av reglene om sidegjøremål,⁴⁷⁹ samt forhold utenfor tjeneste som strider mot «god dommerskikk».⁴⁸⁰ Det fremheves at ved forhold utenfor tjeneste må det veies opp mot hensynet til dommerens privatliv og personvern, og at det må være de ekstraordinære situasjoner som antas omfattet.⁴⁸¹ Det er gjerne forhold som kan føre til avskjed som først forsøkes i rettesatt ved disiplinærtiltak. For at det skal være grunnlag for å reise avskjedssak antas det at forholdene vedvarer over lengre tid og til tross for disiplinærtiltak. Av dstl. § 236 følger også et skyldkrav; dommeren må ha opptrådt uaktsomt eller forsettlig uforsvarlig for å kunne ilegges disiplinærtiltak. Vedtak fra Tilsynsutvalget blir lagt ut på Tilsynsutvalgets nettside i anonymisert form. En uformell gjennomgang av denne praksis viser at de aller fleste klager blir avvist eller ender ikke i disiplinærtiltak. De klager som gjerne ender med «kritikk» eller «advarsel» er de hvor dommeren har vært meget sendrektig i saksforberedelsen eller har opptrådt på en svært

⁴⁷⁹ Ot.prp.nr.44 (2000-2001) s. 253. Reglene om sidegjøremål ble fastsatt samtidig med de øvrige endringer av domstolloven i 2001.

⁴⁸⁰ Ibid. Det gis her som eksempel underslag fra idrettslagets kasse, men påpekes at dette også kan straffefølges.

⁴⁸¹ Ot.prp.nr.44 (2000-2001) s. 254.

utilbørlig måte mot rettsaktører.⁴⁸² Statistikk viser at av innkomne klager går under halvparten til realitetsbehandling, og av disse er det svært få som etter behandling ender med disiplinærtiltak.

Tall fra <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Tilsynsutvalget-for-dommere/Publikasjoner/Arsmelding/> viser at i 2008 fikk Tilsynsutvalget inn totalt 91 klager, hvorav 37 ble realitetsbehandlet. Av de 37 som ble behandlet endte 2 med disiplinærtiltak i form av «kritikk». I 2009 fikk Tilsynsutvalget inn totalt 98 klager. Av disse ble 30 realitetsbehandlet, og av disse endte 8 med disiplinærtiltak i form av «kritikk» og 1 med «advarel». I 2010 fikk Tilsynsutvalget inn totalt 125 klager, hvorav 44 ble realitetsbehandlet. Av disse endte 6 med disiplinærtiltak i form av «kritikk». Statistikken for 2011 viser at Tilsynsutvalget fikk inn 176 klager. Av disse ble 95 realitetsbehandlet og endte for 3 av sakene med «kritikk». En del saker blir avvist før behandling på grunn av manglende klagerett, for sent innkommet klage eller fordi det gjelder forhold som kan overprøves i overordnet domstol (for eksempel saksbehandlingsfeil). En del saker blir avvist etter behandling som åpenbart ubegrunnet eller avgjort uten at det ender med disiplinærtiltak. Det økende antall innkomne klager skyldes ikke nødvendigvis en økning i kritikkverdige forhold, men kan skyldes økt bevissthet om klageordningen.

Etter lovendringen i 2001 har man således nå regler for hvem som har kompetanse til å vedta disiplinærtiltak, hvem som har rett til å klage inn en dommer for dette organet, saksbehandlingsregler, retningslinjer om hva som kvalifiserer for disiplinærtiltak, ved retningslinjer i lov sammenholdt med etiske retningslinjer for dommere⁴⁸³ og praksis fra Tilsynsutvalget, samt hvilke typer disiplinærtiltak som kan ilegges.

4.5.2.3.2 Disiplin ved særtribunalene.

Ved særtribunalene, som står utenfor det ordinære domstolhierarkiet og hvis avgjørelser i stor utstrekning kan overprøves av de ordinære domstolene, er det kjernekravene i uavhengighetsprinsippet som er viktigst å undersøke. En kort merknad knyttet til disiplin ved særtribunalene vil jeg likevel ta med. Som vi så i forrige avsnitt er jordskifterettene underlagt Tilsynsutvalget. Det ble vurdert om også Arbeidsretten skulle underlegges Tilsynsutvalget,

⁴⁸² Se f.eks sak nr. 77/10 (kritikk for sen saksbehandling), sak nr. 59/10 (kritikk for å ha opptrådt i strid med god dommerskikk), sak nr. 17/10 (kritikk for å ha opptrådt i strid med god dommerskikk) og sak nr. 18/10 (kritikk for sen saksbehandling).

⁴⁸³ Dommerforeningen, Teknas etatsforening for jordskifterettene og Domstoladministrasjonen vedtok «Etiske prinsipper for dommeratferd» i 2010.

men man valgte ikke å gjøre det.⁴⁸⁴ For de øvrige særtribunalene har man ikke regler om disipliniltak overfor dommerne. Flere av dommerne i disse organene vil likevel være underlagt regler i tjenestemannsloven og forvaltningsloven, og det er stort sett det ansvarlige departement som trolig vil måtte behandle eventuelle klager, etter lignende ordning som gjaldt for domstolene før domstolsreformen.

4.5.2.4 Lønn

4.5.2.4.1 Embetsdommerne.

Dommernes lønninger er et moment som gjerne blir fremhevet i tilknytning til domstolenes uavhengighet, ikke minst av dommerne selv.⁴⁸⁵ Et krav om at dommernes lønn skal ligge på et bestemt nivå, eller fastsattes etter en bestemt prosedyre kan ikke utledes direkte av EMD-praksis vedrørende uavhengighetskravet i EMK art. 6 nr. 1. Når det likevel vurderes her er det fordi det er et moment som kan brukes som «tjenlig middel» for å påvirke dommerne.⁴⁸⁶ Det er også et moment som blir fremhevet i andre internasjonale instrumenter omkring kravet til domstolenes uavhengighet.⁴⁸⁷

Det er tre undermomenter som er viktig; hvem avgjør lønnen, etter hvilke regler, og størrelsen på lønningene. Det siste momentet har to aspekter; dommerne skal ha et inntektsnivå som motvirker fristelsen til å motta bestikkelser.⁴⁸⁸ Det kan også virke inn på dommerens aktiviteter utenfor rettssalen; dersom en dommer har betryggende inntekt i stillingen som dommer kan det hindre at han eller hun tar på seg sidegjøremål som lettere kan skape interessekonflikt i den enkelte sak.⁴⁸⁹ Begge disse aspektene henspiller mer på

⁴⁸⁴ Prop. 134 L (2010-2011) s. 19. Man ville nødig underkaste de innstilte dommerne en disiplinærmyndighet, og mente det ble feil med en forskjellsbehandling mellom dommerne slik at det beste var ikke å legge Arbeidsretten under Tilsynsutvalget.

⁴⁸⁵ Se for eksempel *Schei* (2012), s. 30 flg, og *Wegner* (2012), s. 214 og s. 222.

⁴⁸⁶ Se NOU 1999:19 s. 132 hvor kommisjonen peker på at et av vilkårene for å påvirke dommere er at man har et «tjenlig middel».

⁴⁸⁷ Recommandation No. R (94) 12 Prinsipp nr. 1 punkt 2 a) ii. Se også CCJE (2001) OP N°1 para 61-62.

⁴⁸⁸ Tidligere nevnt som fremhevet av *Trechsel* (2005), s. 55.

⁴⁸⁹ Adgangen til å påta seg sidegjøremål er nå lovregulert i domstolloven kapittel 6A. Likevel kan sidegjøremål som etter loven er tillatt skape interessekonflikter av mer indirekte art i den enkelte sak. Dersom dette til

upartiskhet enn uavhengighet. For uavhengighetsprinsippet er det sentrale at dommernes lønninger ikke kan brukes av de øvrige statsmakter for å påvirke den dømmende gjerning. Dette kan best sikres ved at bevilgende myndighet ikke står fritt til å kutte lønnen generelt eller i enkelttilfellene. Det er også et problem om dommere skulle gå til arbeidskamp for å sikre betryggende lønn.

I Norge er ordningen ulik for dommere i Høyesterett og de øvrige dommere med hensyn til lønnsfastsettelsen. Fellestrekket er at Stortinget som bevilgende myndighet har det siste ordet. Prosedyren for fastsettelsen av dommernes lønninger er ikke lovfestet.

Høyesterettsdommernes lønninger blir fastsatt av Stortingets presidentskap etter forslag fra Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (FAD).⁴⁹⁰ Fastsettelsen av de øvrige dommers lønninger skjer i FAD.⁴⁹¹ På hjemmesiden til FAD kan man lese at dommers lønninger skal følge lønnsutviklingen i Høyesterett, samt ledere i statens lederlønnssystem og den generelle lønnsutviklingen i det statlige tariffområdet.⁴⁹² Dommere er ikke del av det statlige forhandlingssystemet.⁴⁹³

I Innst. 128 S (2011-2012) ble lønnen for henholdsvis Høyesterettsjustitiarius og de øvrige Høyesterettsdommerne satt til ca. kr 1,8 mill. og kr 1,5 mill. med virkning fra 1.oktober 2012. Lønningene til de øvrige dommerne varierer etter instans og hvorvidt man har lederansvar, men som eksempel har en tingrettsdommer uten lederansvar fra 1.oktober 2012 kr 957 000 kr i årslønn,⁴⁹⁴ og lønnen stiger ettersom det skjer en økning i lederansvar eller opprykk i instansrekken. Av dette kan man se at norske dommere ligger på et respektabelt lønnsnivå.

stadighet skjer slik at man ofte måtte avtre på grunn av inhabilitet kan det skape unødvendige forsinkelser i prosessen.

⁴⁹⁰ Wegner (2012), på side 222.

⁴⁹¹ Ibid.

⁴⁹² <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2007/lonn-for-dommere-i-tingrettene-og-lagman.html?id=440792>

⁴⁹³ Wegner (2012), s. 222.

⁴⁹⁴ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2012/lonnsregulering-for-dommere-i-ting--og-lagman.html?id=709604>

4.5.2.4.2 Lønn ved særtribunalene.

Siden lønn ikke er blant kjernekravene i uavhengighetsprinsippet vil dette ikke bli drøftet inngående for særtribunalenes vedkommende. Det er likevel verdt å merke seg at siden flere av disse organene er administrert av ulike departement, er det departementene som fastsetter lønnen ut ifra bevilgede midler. I forliksrådene får man ikke lønn, men godtgjørelse, og denne ordningen er preget av at forliksrådsbehandling skal være et rimelig alternativ.⁴⁹⁵

4.5.2.5 Administrasjon av domstolene.

Under redegjørelsen av engelsk rett så vi at administrasjon av domstolene ble trukket frem i noen juridiske fremstillinger, som et moment som kunne virke inn på domstolenes uavhengighet. Dersom forvaltningen kan detaljstyre administrasjonen av domstolene, fordele budsjettmidler og saker, kan det føre til at man søker å påvirke den dømmende virksomhet. Det kan også virke inn på «*the appearance of independence*» om domstolene fremstår som en del av den utøvende makt, som de er ment å føre kontroll med.

I Norge anerkjente man også at administrasjonen av domstolene var et moment tilknyttet domstolenes uavhengighet. Det har tidligere blitt vist til domstolsreformen på begynnelsen av 2000-tallet, som medførte at det administrative ansvaret for domstolene ble ført ut av Justisdepartementet og over til et eget organ, Domstoladministrasjonen i Trondheim. Den løpende driften av DA foretas av et styre, men Stortinget har innflytelse gjennom budsjettbehandling og Regjeringen kan treffe vedtak om Domstoladministrasjonens virksomhet.⁴⁹⁶ Domstoladministrasjonen kan således sies å ha en relativ uavhengighet av Storting og Regjering.

Selv om det ikke kan utledes et direkte krav fra EMK art. 6 nr. 1 om at administrasjonen av domstolene skal foretas på en bestemt måte, er det utvilsomt en styrking av domstolenes uavhengighet at også det organ som administrerer domstolene har en viss avstand til politiske krefter. Avstanden mellom politiske organ og det administrative organ kan være en ytterligere

⁴⁹⁵ F21.12.2007 nr 1605 Forskrift til tvisteloven (tvistelovforskriften) kapittel 1 § 2.

⁴⁹⁶ Dstl. § 33.

sikkerhet mot forsøk på innflytelse av den dømmende makt, og det bidrar til å styrke «*the appearance of independence*».

Domstoladministrasjonen har ansvaret for de ordinære domstolene, og jordskifterettene. En rekke organer med dømmende myndighet er, som vi har sett, fortsatt underlagt fagdepartement. Man har ikke anerkjent disse organene som særdomstoler, og har derfor ikke endret den administrative styringen. Allikevel er det påfallende at man faktisk vurderte å legge Arbeidsretten under Domstoladministrasjonen ved arbeidet med ny lov.⁴⁹⁷ Arbeidsretten er heller ikke formelt anerkjent som særdomstol, men allerede vurderingen av å legge den under Domstoladministrasjonen kan sees som en innrømmelse av dette organets særstilling. Selv om man ikke kan legge til grunn et krav om særlig administrasjonsordning for dømmende organer ut ifra EMK og EMD-praksis knyttet til domstolenes uavhengighet, fremstår det som nokså klart at de hensyn som lå til grunn for domstolsreformen også kan gjøres gjeldende for særlig Arbeidsretten, men også Trygderetten.⁴⁹⁸ Det er særlig *tillitshensynet* som tilsier at Arbeidsretten og Trygderetten administreres av andre enn forvaltningen. Disse organene utøver funksjoner som fordrer en viss uavhengighet av departementene; Arbeidsretten er både et tvisteløsningsorgan staten har stilt til rådighet for private parter, og et organ som kan avgjøre arbeidsrettslige tvister mellom offentlig ansatte og staten. På disse områdene har Arbeidsretten dessuten nærmest eksklusiv domsmyndighet. Trygderetten skal foreta en selvstendig vurdering av forvaltningsvedtak på grunnlag av rettsregler, for derved å sikre borgerne det de har krav på fra staten. I all hovedsak er dette avgjørelser som ikke blir overprøvd i de ordinære domstolene.⁴⁹⁹

4.5.2.6. Andre garantier mot påvirkning utenfra.

Ved vurderingen av «*safeguards against outside pressures*» er det gjerne to andre «garantier» som blir nevnt av EMD; dommerforsikring og lovfastsatte garantier. Tilstedeværelsen av slike garantier kan avhjelpe mindre mangler ved domstolenes uavhengighet, men har i praksis hatt

⁴⁹⁷ Prop. 134 L (2010-2011) s. 6.

⁴⁹⁸ Om hensynene bak reformen, se punkt 4.4.

⁴⁹⁹ Årsmelding for 2011 fra Trygderetten viser at ca 98% av Trygderettens avgjørelser blir endelige. I 2011 ble det tatt ut stevning i 50 saker, og til sammenligning behandlet Trygderetten i 2011 totalt 2563 saker.

liten gjennomslagskraft hvor det foreligger grunnleggende mangler på andre områder.⁵⁰⁰

Lovfastsatte garantier for domstolenes uavhengighet må følges opp i praksis for å ha betydning for kravet i EMK art. 6 nr. 1.

For de fleste dommerroller er det fastsatt i lov at de må avgi løfte om å ivareta sin stilling samvittighetsfullt. Dette gjelder for dommerne i de ordinære domstolene og jordskifterettene, samt forliksrådsmedlemmene,⁵⁰¹ Arbeidsrettsdommerne,⁵⁰² og trygderettsdommerne.⁵⁰³

Virkningene av manglende dommerforsikring *kan* være opphevelse, men i Rt. 2012 s.1035 ble det lagt til grunn at dette ikke er absolutt opphevelsesgrunn i henhold til tvl. § 29-21 andre ledd bokstav b.

Det er nevnt flere ganger i denne fremstillingen at man bygger et prinsipp om domstolenes uavhengighet i Norge på kapittelinnstillingen i Grunnloven, samt enkelte paragrafer i kapittel D. Prinsippet i sin «rene form» kommer likevel ikke eksplisitt til uttrykk i Grunnloven.

Derimot har man i dstl. § 55 tredje ledd eksplisitt slått fast av «*En dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet*». Tilsvarende faneparagraf finner man ikke i lovene som regulerer særtribunalene.

4.6 Oppsummering.

Kravet til domstolenes uavhengighet i EMK art. 6 nr. 1 slik det er formulert av EMD i praksis må etter dette sies å være oppfylt for norske domstoler. Norske dommere blir utnevnt etter lovregulert prosedyre, hvor de grunnleggende kriteriene også følger av lov. Det faktum at Kongen i statsråd foretar den formelle utnevnelsen er ikke i strid med EMK art. 6 nr. 1.

Videre er de fleste dommere ansatt for livstid, og der hvor dommere kan ansettes midlertidig, er dette regulert ved lov. Domstolene er unntatt instruksjonsmyndighet, ikke eksplisitt ved lov, men i andre anerkjente rettskilder. Dette blir også respektert av de øvrige statsmakter.

Kjernekravene i EMK art. 6 nr. 1 må således sies å være oppfylt. I tillegg har man etablert et uavhengig Tilsynsutvalg som kan avsi vedtak om disiplinforføyninger der hvor loven og

⁵⁰⁰ Se f eks Findlay-dommen para 78 og Agrokompleks-dommen para 136.

⁵⁰¹ Dstl. § 60.

⁵⁰² Arbeidstvistloven § 43

⁵⁰³ Trygderettsloven § 3 fjerde ledd.

etiske retningslinjer for dommere tilsier det. På denne måten kan man ivareta folks tillit til domstolene, ved å vise at dommere ikke er unntatt enhver ansvarliggjøring. De ordinære domstolene blir administrert av et organ med relativ uavhengighet av lovgivende og utøvende makt, og avstanden fra politiske krefter til domstolene er derved økt. Arbeidsretten og Trygderetten er fortsatt underlagt fagdepartement, og ved disse organene kan helhetsbildet sammenlignes med situasjonen for de ordinære domstolene forut for domstolsreformen. Dette innebærer trolig ingen krenkelse av EMK art. 6 nr. 1, men hensynene som lå til grunn for domstolsreformen kan også gjøres gjeldende her.

5. Komparasjon.

Vi har i det foregående sett hvilke krav som følger av EMK art. 6 nr. 1 til domstolenes uavhengighet, hvordan kravene er ivaretatt i England og hvordan de er ivaretatt i Norge. Siktemålet her er å se på likheter og ulikheter mellom det norske og det engelske system, og hvorvidt inkorporasjon av EMK i nasjonal rett har hatt en innvirkning på dette. Det vil også bli gitt noen betraktninger om man kan «lære» av hverandre, det vil si om et system kanskje bedre ivaretar kravene som følger av EMK art. 6 nr. 1 og det prinsipielle grunnlaget for at domstolene skal være uavhengige.

Selv om de engelske og norske samfunnene og rettssystemene kan fremstå som svært ulike, kan man se både prinsipielle og historiske likheter. Begge systemene er bygget på maktfordeling, hvor domstolene er anerkjent som særskilte fra lovgivende og utøvende makt. Domstolenes funksjoner er også nokså like; de skal tolke loven og løse rettslige tvister, samt kontrollere at forvaltningen utøver sin kompetanse i samsvar med loven. En vesentlig funksjonsforskjell kommer til syne ved forholdet mellom domstolene og lovgivende makt; i England innebærer «Parliamentary sovereignty» at lovgiver kan vedta lover om hva som helst, når som helst og uten en skreven grunnlov har domstolen få, om noen, muligheter til å vurdere lovenes forhold til konstitusjonen. Norske domstoler har derimot kompetanse til å tilsidesette en lov gitt av Stortinget, dersom den strider mot Grunnloven. Når det gjelder statenes forhold til EMK er også likhetene åpenbare; begge tok utgangspunkt i det dualistiske prinsipp, så selv om man folkerettslig hadde anerkjent EMK tidlig i dens historie, fikk den ikke virkning som nasjonal rett før på slutten av 1990-tallet. Før den tid kan man også se likhetstrekk ved domstolenes forhold til EMK, hvor den ble anerkjent som tolkningsmoment, men uten selvstendig vekt.

Historien viser at tilnærmingen til prinsippet om domstolenes uavhengighet har vært nokså lik i England og Norge. Forut for inkorporasjonen av EMK i nasjonal rett ble prinsippet ansett for å være ivaretatt gjennom en rekke enkeltbestemmelser i anerkjente nasjonale rettskilder. I tillegg til at man har styrket prinsippet gjennom nasjonal lovgivning gitt etter inkorporasjonen av EMK, slik som CRA 2005 og endringer i domstoloven, kan man nå også bygge prinsippet direkte på EMK art. 6 nr. 1.

I både England og Norge har man siden inkorporasjonen av EMK i nasjonal rett reformert domstolsystemet. I tid lå den norske reform forut for den engelske, og grunnlaget ble lagt i NOU 1999:19. Domstolkommisjonen hadde et bevisst forhold til Norges folkerettslige forpliktelser, og omtalte det blant annet i et eget kapittel. Ved vurderingen av de ulike forslagene til endring tok de også stilling til om de var i overensstemmelse med EMK art. 6. Det er derimot ingenting som tyder på at reformen i seg selv ble begrunnet på våre forpliktelser etter EMK. I England var situasjonen annerledes; et av hovedargumentene for reform var nettopp Human Rights Act 1998 som inkorporerte EMK i engelsk rett, og de forpliktelser det medførte. To momenter kan tenkes å ha vært årsak til forskjellen mellom engelsk og norsk rett her. For det første skjedde arbeidet med domstolsreformen i Norge i all hovedsak før EMK ble inkorporert i norsk rett, i motsetning til England hvor reformen kom etter inkorporasjon. For det andre har vi i Norge en skreven Grunnlov som danner et naturlig utgangspunkt for all norsk rett, mens den engelske forfatning bygger på uskrevne sedvaner og prinsipper som det er vanskeligere å utlede noe konkret av. Det første moment skal modereres med at det må ha ligget i kortene at EMK skulle bli del av norsk rett, all den tid dette ble foreslått allerede i 1993.⁵⁰⁴ Det andre moment kan også modereres med det poeng at den tidligere ordning neppe var grunnlovsstridig; Grunnloven gir ikke anvisning på en bestemt institusjonell ordning av domstolene. Et tredje alternativ kan være det faktum at man i Norge ikke hadde posisjoner som Law Lords og Lord Chancellor, som åpenbart skapte et problem med hensyn til kravet om uavhengighet i EMK art. 6 nr. 1, og da særlig etter avgjørelsene i *Procola* og *McGonnell*. Resultatet av reformene er likevel påfallende like.

Hvis vi først ser på prosedyren for dommerutnevnelser, er likhetene mellom engelsk og norsk rett slående. Både før og etter reform hadde systemet grunnleggende likheter. Før reform var

⁵⁰⁴ NOU 1993:18. Lovgivning om menneskerettigheter

prosedyren for dommerutnevnelser preget av manglende transparens og tilfeldig saksbehandling. Hverken i England eller i Norge hadde man saksbehandlingsregler, og beslutningene ble foretatt i lukkede rom uten etterprøvbarhet. I England ble dette fremsatt som den primære kritikk mot det gjeldende system, og man fryktet at nettopp dette kunne være årsaken til den hvite middelaldrende manns dominans på dommerbenkene i landet. I Norge hadde man gjennom 1990-tallet forsøkt å fordre mangfold blant dommerstanden, men også her var dommerne en nokså homogen gruppe både når det gjaldt personlige forhold og yrkesbakgrunn. Ønsket om å fremme tillit til domstolene var sentralt ved reformen av prosedyren for dommerutnevnelser. Resultatet ble i begge land at man lovfestet at et uavhengig organ skulle ha ansvar for saksbehandlingen ved dommerutnevnelser, og at de skulle ha innstillingsrett av ønskede kandidater. En ulikhet mellom de to systemene ligger i innstillingsorganenes gjennomslagskraft. I Norge kan utnevrende myndighet velge noen andre enn den kandidat Innstillingsrådet fremmer. I England er systemet slik at utnevrende myndighet til syvende og sist er bundet av det valget JAC foretar. Det engelske system medfører således en begrenset skjønnsutøvelse, mens man i Norge har latt valgmuligheten stå mer åpen for utnevrende myndighet. Allikevel er det en klar styrke at man har lovfestet at et uavhengig innstillingsorgan skal ha uttalelsesrett. I henhold til EMK art. 6 nr. 1 kan man av EMD-praksis ikke utlede at hverken det tidligere system eller det nåværende system representerer en krenkelse.

Bruken av midlertidige dommere har vært gjenstand for omfattende debatt i Norge. Man har særlig kritisert bruken av konstituerte dommere som «ekstrahjelp», såkalt «uegentlig konstitusjon». Ut ifra EMD-praksis kan man ikke legge til grunn at midlertidighet i seg selv er en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1, men at midlertidighet må ledsages av øvrige garantier for at også disse dommerne kan opptre uavhengig i sin dømmende gjerning. I England har det tilsynelatende vært lite strid om midlertidige dommere; bruken av midlertidige dommere ser også ut til å være svært begrenset, i alle fall innenfor det ordinære domstolhierarki. Etter en skotsk domstol fant at en midlertidig dommerstilling var i strid med EMK art. 6 nr. 1, i *Starrs v. Ruxton*, reagerte England med å utvide virketiden for «recorders». I et forsøk på å avhjelpe situasjonen i Norge har man lovfestet et særlig stillingsvern for midlertidige dommerstillinger. I praksis kan det likevel tenkes tilfeller hvor et styrket stillingsvern ikke avhjelper situasjonen,

for eksempel hvor en dommerfullmektig kun har permisjon fra tidligere arbeidsgiver,⁵⁰⁵ når en konstituert dommer søker fast embete eller når dommer ansatt på åremål i Arbeidsretten ønsker gjenoppnevning. En dommerfullmektig har lite realistisk utsikt til å få stilling som ordinær dommer etter endt fullmektigperiode, men lojalitet til den arbeidsgiver han skal gå tilbake til kan være problematisk. I en del saker vil habilitetsreglene fange opp disse situasjonene, for eksempel der arbeidsgiveren representerer en part i sak administrert av dommerfullmektigen. Men det kan tenkes mindre åpenbare situasjoner, for eksempel hvor en sak er av indirekte interesse for arbeidsgiveren, hvor dommerfullmektigens lojalitet ikke fanges opp av habilitetsreglene. Av den grunn kan det stilles spørsmål ved om hensynet til at dommerfullmektigen skal ha sikkert arbeid å gå tilbake til etter endt fullmektigperiode, veier tyngre enn hensynet til at dommerfullmektigene skal fremstå som uavhengige (og upartiske). Konstituerte dommere eller dommere ansatt på åremål i Arbeidsretten, kan ha mer realistiske utsikter til å bli oppnevnt i embete eller gjenoppnevnt på åremål.⁵⁰⁶ EMD uttaler i en rekke saker at folkets tillit til domstolene er av «*fundamental importance in a democratic society*».⁵⁰⁷ Når utstrakt bruk av midlertidige dommere er egnet til å svekke denne tilliten, og da særlig hos sakens parter, bør det kreves sterke grunner for å gjøre bruk av midlertidige dommerstillinger. Argumentasjonen for bruk av uegentlig konstitusjon ved restanser faller på stengrunn all den tid restanseproblematikken har vært vedvarende over lang tid. Når restanser er et vedvarende problem er det lite sannsynlig at det å opprette flere embeter vil føre til at dommere sitter på kammerset og tvinner tommeltotter. Videre kan problematikken rundt åremålsstillinger i Arbeidsretten avhjelpes uten å gjøre stillingene permanente, men ved å lovfeste at de ikke skal kunne gjenoppnevnes. I England ser det ut til at disse spørsmålene ikke har dukket opp på samme måte, fordi dommerne er mobile innenfor sin region, og derved kan sitte der det er behov.

Stillingsvernet for dommere er et av de sentrale momenter i uavhengighetskravet i EMK art. 6 nr. 1. Både engelske og norske dommere innenfor de ordinære domstolene nyter godt av et

⁵⁰⁵ Det fremgår av Rundskriv G-46/99 punkt 3-3 at det ikke gis andre begrensninger i muligheten for permisjon fra tidligere arbeidsgiver enn at dommerfullmektigen ikke skal motta lønn fra denne.

⁵⁰⁶ Tall fra Innstillingsrådets årsmelding viser at i 2010 kom 9 av 31 utnevnte fra konstitusjon. I 2011 kom 15 av 47 utnevnte fra konstitusjon og i 2012 kom 7 av 44 utnevnte fra konstitusjon.

⁵⁰⁷ Se f eks Pohoska mot Polen, para 35.

sterkt stillingsvern. I denne sammenheng ser man likevel en ulikhet mellom det engelske og det norske system; mens avskjedigelse av dommere i Norge i realiteten avgjøres av domstolene, blir dette i England avgjort av Parlamentet eller Lord Chancellor i samråd med Lord Chief Justice.⁵⁰⁸ Fellestrekket er at terskelen for avskjedigelse i begge systemene er meget høy. Selv om man her har valgt ulik fremgangsmåte for avskjedigelse, må en kunne si at resultatet er det samme; dommerne nyter et sterkt stillingsvern ved at det foreligger lovregler om vilkårene for avskjedigelse og avgjørelsen kan ikke tas av en enkeltperson i den utøvende makt. Man har derved motvirket vilkårlighet og utøvelse fritt forvaltningsskjønn når det gjelder dommeres stillingsvern.

Domstoler og særtribunaler i Norge er alle reelt sett unntatt instruksjonsmyndighet i sin dømmende virksomhet. Formelt har man valgt ikke å lovfeste dette uttrykkelig for noen av domstolene. I henhold til EMK art. 6 nr. 1 representerer gjeldende rett neppe noen krenkelse. I England så vi likevel at man lovfestet plikten til ikke å forsøke å påvirke den dømmende makt i CRA 2005 section 3. For Norges vedkommende kan et implisitt forbud mot instruksjoner eller forsøk på påvirkning av domstolene utledes av Grunnloven, og dette er trolig årsaken til at man ikke har lovfestet et eksplisitt forbud. I tillegg har det skjedd svært sjelden at lovgiver eller utøvende makt har forsøkt å påvirke domstolene på en måte som strider mot prinsippet om domstolenes uavhengighet, slik at behovet ikke har vist seg i praksis.

Disiplin for dommere er ikke blant kjernekravene som kan utledes av EMK art. 6 nr. 1, men som følge av kravene om sterkt stillingsvern for dommere, og fravær av instruksjonsmyndighet, tilsier tillitshensynet at man skal ha mulighet til å reagere overfor dommere som opptrer utilbørlig. I Norge blir dette ivaretatt av Tilsynsutvalget, og man har utviklet etiske retningslinjer som gir dommerne en pekepinn på hva som er forventet adferd. Vi har også sett at det i praksis er svært sjelden en dommer blir utsatt for kritikk eller advarsel. I England har Lord Chief Justice i samråd med Lord Chancellor ansvaret for disiplin overfor dommere. Dommernes interesser er ivaretatt ved en ombudsmannsordning. Her har man således valgt nokså ulike løsninger, men oppnådd det samme resultat, nemlig ivaretagelsen av tillitshensynet på den ene side og dommerens uavhengighet på den andre.

⁵⁰⁸ Jf punkt 3.5.1.2.1.

Dommernes lønninger blir gjerne fremhevet av dommere selv som et moment i uavhengighetskravet. Det har generelt også gode grunner for seg; lønn er et moment som kan virke som et tjenlig middel for å påvirke dommere, og man bør således kreve at dette ikke er noe den utøvende eller lovgivende makt kan styre helt fritt. Det er ikke blant momentene EMD har oppstilt i forbindelse med EMK art. 6 nr. 1, men har blant annet blitt fremhevet av internasjonale dommersamarbeid.⁵⁰⁹ Vi så under redegjørelsen av engelsk rett at engelske dommere er sikret ved lov mot at den utøvende makt ensidig senker lønnen. Lønnsnivået blir delvis fastsatt av et uavhengig organ, og en lønnsreduksjon for dommerne i England krever Act of Parliament. Utad kan det fremstå som om norske dommere har et svakere vern for lønnsnivået enn engelske dommere, i og med at fastsettelsen av dommernes lønninger ikke er lovregulert og lønnsnivået fastsettes av den utøvende makt.

Det siste moment som har blitt vurdert er administrasjonen av domstolene. Dette er et moment som blant annet ble fremhevet i engelsk juridisk teori, men som ikke er vektlagt av EMD i forbindelse med EMK art. 6 nr. 1. I Norge ble administrasjonen av domstolene lagt til et organ med relativ uavhengighet av utøvende og lovgivende makt. Formålet var blant annet å motvirke «overslag» av påvirkning på den dømmende makt, ved at forvaltningen hadde det administrative ansvaret. I England har tendensen vært den samme, og man har søkt å legge administrasjonen av domstolene til organ utenfor den politiske sfære. I 2011 valgte man å samle administrasjonen av domstolene og særtribunalene under ett organ. Dette organet er formelt underordnet Lord Chancellor, Lord Chief Justice og Senior President of Tribunals, mens den løpende driften foretas av et styre. Sånn sett kan man også på dette punkt se likhetstrekk mellom den engelske og den norske løsning.

Jeg vil knytte noen bemerkninger til særtribunalene spesielt, fordi det er her den største forskjellen mellom det engelske og det norske system kommer til syne. I England har man formalisert systemet med særdomstoler, og anerkjent at disse utgjør en del av det dømmende maskineri. Dommere i særdomstolene har langt på vei fått samme status som dommere innenfor det ordinære domstolhierarki, og særdomstolene er underlagt samme administrasjon som de øvrige domstolene. Den formelle plikt for medlemmer av den lovgivende og utøvende makt til å respektere og fremme domstolenes uavhengighet omfatter også særdomstolene. På

⁵⁰⁹ Se note 487.

denne måten har man sørget for at ikke bare de ordinære domstolene, men også særdomstolene (over)oppfyller kravene som følger av EMK art. 6 nr. 1. I Norge har man valgt en annen tilnærming. Man har lagt til grunn at siden vi ikke har tradisjon for særdomstoler i Norge, så skal ikke slike opprettes. Likevel har man organisert både Arbeidsretten og Trygderetten som domstoler, med domsmyndighet, juridisk fagkyndige dommere, prosessregler tilsvarende de som gjelder i vanlige domstoler og en anerkjent status som unntatt fra ordinære regler for forvaltningen. Disse organene er derved i realiteten særdomstoler, uten at dette er formelt anerkjent. Denne pragmatiske tilnærming er ikke ukjent i norsk rett. Effekten er dog at disse organene havner i et slags limbo mellom domstolene og forvaltningen. Den pragmatiske tilnærming er dessuten ikke like godt egnet for å fremme tillit til at organene er uavhengige, som den formelle tilnærming de har valgt i England. En kort undersøkelse av Trygderetten kan lede en til å tro at dette er et organ som er sidestilt med det organ som er den trygdedes motpart i saken, noe som ikke er særlig tillitsvekkende. I dette henseendet vil jeg anføre at den engelske løsning er bedre i samsvar med det som kan utledes av EMD-praksis om kravet til domstolenes uavhengighet. Selv om organene trolig reelt sett er uavhengige av de øvrige statsmakter, kan det fremstå utad som om de ikke er det.

Hvilken innvirkning kan inkorporeringen av EMK i nasjonal rett etter dette sies å ha hatt på domstolenes uavhengighet i England og Norge? Det foregående tilsier at man i det minste kan legge til grunn at EMK *har* hatt en innvirkning. I England har man foretatt store endringer av domstolsystemet etter man inkorporerte EMK, og der har argumentasjonen uttrykkelig blitt knyttet til kravene som fulgte med EMK og EMD-praksis. Man kan neppe legge til grunn at EMK alene har vært årsaken til dette. Slik det fremstår for meg etter å ha arbeidet med dette temaet er at EMK nærmest ble anvendt som *alibi* for endringer man lenge hadde ønsket.

Boken «*The Independence of the judiciary: the view from the Lord Chancellor's office*» av Robert Stevens beskriver en 60 år lang diskusjon om domstolenes uavhengighet, som endte med få radikale endringer. Da EMD stilte krav til institusjonell uavhengighet i sin praksis om domstolenes uavhengighet, ble dette snappet opp av engelske jurister. Kanskje var EMK det siste lille dyttet man trengte for å få på plass endringer som lenge var etterlenget.

I Norge har ikke henvisningen til konvensjonsforpliktelsene i denne sammenheng vært like eksplisitt. Selv om konvensjonen blir drøftet i alle forarbeidene til lovendringer på dette området, har man i hovedsak støttet seg til andre kilder. Det gjennomgående moment i NOU 1999:19 om *tillit* til domstolene er dog noe man også kjenner igjen fra EMDs argumentasjon.

Årsaken til at EMK ikke er gitt like fremtredende plass i den norske kontekst, som i den engelske, kan skyldes at vi har vår skrevne grunnlov som øverste norm, og den utgjør derved det naturlige grunnlaget for all norsk rett. Det ligger i Grunnloven en forutsetning om uavhengige domstoler, men hva dette nærmere innebærer må søkes i andre kilder. Man finner utvilsomt støtte for en funksjonell uavhengighet i Grunnloven, særlig i §§ 22 og 88, men de krav som stilles til det institusjonelle rammeverket rundt domstolene kan vanskelig utledes av Grunnloven direkte. Når det likevel var en sentral del av domstolsreformen, kan det ikke utelukkes at EMK og EMD-praksis var en viktig kilde. Disse momentene ved domstolenes uavhengighet har blitt utviklet på internasjonalt nivå, og EMD har spilt en sentral rolle. Man kan derved legge til grunn at EMK i det minste indirekte har hatt en innvirkning på domstolenes uavhengighet i Norge. Når det gjelder særtribunalene i Norge, som man ikke har anerkjent som særdomstoler fordi vi ikke har tradisjon for særdomstoler, kan det være hensiktsmessig å løfte blikket til Strasbourg og England for å se hvordan dette er behandlet der. Selv britene har satt vekk tradisjon til fordel for funksjon.

6. Kilder.

6.1 Litteratur.

- Aall, Jørgen. *Rettergang og Menneskerettigheter*, Bergen: Universitetsforlaget, 1995.
- Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen: Fagbokforlaget, 2011.
- Andenæs, Johs. og Arne Fliflet. *Statsforfatningen i Norge*, Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Aschehoug, T.H. *Norges Nuværende Statsforfatning*, Christiania: P.T. Mallings Boghandels Forlag, 1893.
- Baker, J.H. *An Introduction to English Legal History*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Bøhn, Anders. *Domstoloven*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Castberg, Frede. *Norges Statsforfatning II*, Oslo: Universitetsforlaget, 1964.
- Darbyshire, Penny og Keith J. Eddey. *Eddy & Darbyshire on the English Legal system*, London: Sweet & Maxwell, 2001.
- Debens, Jan. *I statens tjeneste*, Oslo: Tano, 1989.
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Holmøyvik, Eirik. Nokre historiske utviklingslinjer for domstolane sitt sjølvstende i Noreg, i: *Dommernes uavhengighet: Den norske dommerforening 100 år*, Engstad/Frøseth/Tønder (Red.) Bergen: Fagbokforlaget, 2012, s. 99-125
- Høgberg, Benedikte Moltumyr. *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Ingman, Terence. *The English Legal Process*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Janis, Mark, Richard Kay og Anthony Bradley. *European Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Kjønstad, Asbjørn (Red.). *Barnevern, Fylkesnemnder og rettssikkerhet*, Oslo: Gyldendal, 2002.
- Lando, Ole. *Kort indføring i komparativ ret*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Loveland, Ian. *Constitutional law, Administrative law and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Malleson, Kate. *The New Judiciary*, Dartmout: Ashgate, 1999.

- Masterman, Roger. *The separation of powers in the contemporary constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Oliver, Dawn. *Constitutional reform in the UK*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Ovey, Clare og Robin C.A. White. *Jacobs & White, The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Parpworth, Neil. *Constitutional & Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Partington, Martin. *Introduction to the English Legal system*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Schei, Tore. Domstolenes og dommernes uavhengighet og forholdet til de øvrige statsmakter, i: *Dommernes uavhengighet: Den norske dommerforening 100 år*, Engstad/Frøseth/Tønder (Red.) Bergen: Fagbokforlaget, 2012, s. 15-38
- Slapper, Gary og David Kelly. *Sourcebook on the English legal system*, London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 2001.
- Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati*, Bergen: Fagbokforlaget, 2012.
- Stevens, Robert. *The Independence of the Judiciary*, Oxford: Clarendon Press, 1993
- Strömholm, Stig. *Historiskt och Aktuellt*, Stockholm: Norstedts, 1988.
- Sunde, Jørn Øyrehagen. *Speculum Legale- rettsspegele*, Bergen: Fagbokforlaget, 2005.
- Trechsel, Stefan og Sarah J. Summers. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Zweigert, Konrad og Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Ward, Richard og Amanda Akhtar. *Walker & Walker's English Legal system*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Wegner, Jens-Sveinung. Den administrative virksomhetsstyringen og dommernes uavhengighet, i: *Dommernes uavhengighet: Den norske dommerforening 100 år*, Engstad/Frøseth/Tønder (Red.) Bergen: Fagbokforlaget, 2012, s. 209-247.
- Øie, Ole-Erik. *Trygderetten og dens prosessordning*, Oslo: Gyldendal, 2010.
- Østlid, Henry. *Det offentliges adgang til å avskjedige embeds- og tjenestemenn*, Oslo: Bilag til Tidsskrift for Rettvidenskaps 4.hefte, 1940.

Artikler.

Melteig, Anders. *Tilfeldighetsprinsippets betydning for uavhengige domstoler*, Lov og Rett 1992 s. 425

Ravlo-Losvik, Line. *Forlikrådene- en ordning i samsvar med EMK?*, Juristkontakt 1999 nr. 3 s. 26.

Skoghøy, Jens Edvin. *Betydningen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon på sivilrettens og sivilprosessens område*, Rettshjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år 2009 s. 253

Smith, Carsten. *Domstoladministrasjonen- bakgrunn og prinsipper for reformen*, Jussens Venner 2003 s. 1.

Stordrange, Bjørn. *Rettssikkerheten og tilfeldighetsprinsippet*, Lov og Rett 1993 s. 261.

Woodhouse, Diane. *The constitutional Reform Act 2005—defending judicial independence the English way*, Oxford Journals; International Journal of Constitutional Law 2007 s. 159.

6.2 Lov og forarbeider.

6.2.1 Lover og forskrifter

Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 nr. 00

Lov om domstolene av 13.august 1915 nr. 5

Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13.august 1915 nr. 6
[OPPHEVET]

Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn mfl. av 21.desember 1956 nr. 1

Lov om offentlige tjenestetvister av 18.juli 1958 nr. 2

Lov om anke til Trygderetten av 16.desember 1966 nr. 9

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10.februar 1967

Lov om jordskifte av 21.desember 1979 nr. 77

Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25

Lov om statens tjenestemenn av 4.mars 1983 nr. 3

Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25.juni 1992 nr. 107

Lov om barneverntjenester av 17.juli 1992 nr. 100

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr.

Lov om endringer i domstolloven m.m. (den sentrale domstoladministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling) av 15.juni 2001 nr. 62

Lov om endringer i lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing m.m. av 12.september 2003 nr. 93

Lov om endringer i domstolloven og jordskifteloven (jordskifterettenes stilling og funksjoner) av 20.februar 2004 nr. 7

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90

Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd av 19.mai 2006 nr. 16

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15.mai 2008 nr. 35

Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24.juni 2011 nr. 30

Lov om arbeidstvister av 27.januar 2012 nr. 9

Twistelovforskriften av 21.desember 2007 nr. 1605

6.2.2 Forarbeider

NOU 1976:56 Anke til Trygderetten

NOU 1993:18. Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1999:19 Domstolene i Samfunnet

NOU 1999:22 Domstolene i første instans

NOU 2001:3 Velgere, valgordning, valgte

NOU 2001:32 Rett på sak

NOU 2002:9 Jordskifterettenes stilling og funksjoner

NOU 2005:9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker

Innst.91 L (2011-2012)

Ot.prp.nr. 5 (1966-1967)

Ot.prp.nr. 52 (1986-1987)

Ot.prp.nr. 42 (1996-1997)

Ot.prp.nr 44 (2000-2001)

Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)

Prop.134 L (2010-2011)

6.2.3 Stortingsdokumenter.

Stort.forhandlinger 1951

Stort.forhandlinger 1961

Innst.S.nr. 168 (1997-1998)

Dok.nr.8:60 (1997-1998)

Innst.128 S (2011-2012)

6.2.4 Britisk lovgivning

Magna Carta 1215

Act of Settlement 1701

Appellate Jurisdiction Act 1876

Administration of Justice Act 1973

Contempt of Court Act 1981

Supreme Court Act 1981 (Endret navn til Senior courts Act 1981)

Interception of Communications Act 1985

Human Rights Act 1998

Courts Act 2003

Constitutional Reform Act 2005

Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007

6.3 Rettspraksis

Høyesterett.

Rt. 1983 s. 1004

Rt. 1984 s. 979

Rt. 1995 s. 506
Rt. 1997 s. 1987
Rt. 2000 s. 996
Rt. 2001 s. 995
Rt.2002 s. 1216
Rt. 2009 s. 1412
Rt. 2012 s. 1035
Rt. 2012 s. 1702

Arbeidsretten.

ARD-1939-19
ARD-1980-207
ARD-1986-149.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol.

Neumeister mot Østerrike, 27. juni 1968. Appl.no 1936/63
Delcourt mot Belgia, 17.januar 1970. Appl.no 2689/65
Ringelsen mot Østerrike, 16.juli 1971. Appl.no 2614/65
Engel mfl mot Nederland, 8. juni 1976. Appl.no 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72
Sunday Times mot Storbritannia 26.april 1979. Appl.no 6538/74
Piersack mot Belgia, 1.oktober 1980. Appl.no 8692/79
Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia, 23. juni 1981. Appl.no 6878/75, 7238/75
Sporrong og Lönnroth mot Sverige, 23.september 1982. Appl.no 7151/75, 7152/75
Campbell og Fell mot Storbritannia, 28. juni 1984. Appl.no 7819/77, 7878/77
Malone mot Storbritannia 2. august 1984. Appl.no 8691/79
Sramek mot Østerrike, 22. oktober 1984. Appl.no 8790/79
Feldbrugge mot Nederland, 29.mai 1986. Appl.no 8562/79
Ettl mfl. mot Østerrike 23.april 1987. Appl.no 9273/81

H mot Storbritannia, 8.juli 1987. Appl.no 9580/81

Belilos mot Sveits, 29.april 1988. Appl.no 10328/83

Langborger mot Sverige, 22.juni 1989. Appl.no 11179/84

E. mot Norge, 29.august 1990. Appl.no 11701/85

Salesi mot Italia 26.februar 1993. Appl.no 13023/87

Schuler-Zgraggen mot Sveits, 24. juni 1993. Appl.no 14518/89

Procola mot Luxemburg, 28. september 1995. Appl.no 14570/89

Bryan mot Storbritannia, 22.november 1995. Appl.no 19178/91

Findlay mot Storbritannia, 25. februar 1997. Appl.no 22107/93

Pierre-Bloch mot Frankrike, 21.oktober 1997. Appl.no 24194/94

Maillard mot Frankrike, 9.juni 1998. Appl.no 26586/95

Incal mot Tyrkia, 9.juni 1998. Appl.no 22678/93

Pellegrin mot Frankrike 8.desember 1999. Appl.no 28541/95

McGonnell mot Storbritannia 8. Februar 2000. Appl.no 28488/95

Sander mot Storbritannia, 9.mai 2000. Appl.no 34129/96

Maaouia mot Frankrike, 5.oktober 2000. Appl.no 39652/98

Ferrazzini mot Italia, 12.juli 2001. Appl.no 44759/98

Morris mot Storbritannia, 26.februar 2002. Appl.no 38784/97

Cooper mot Storbritannia, 16. desember 2003. Appl.no 48843/99

Tsfayo mot Storbritannia, 14. november 2006. Appl.no 60860/00

Vilho Eskelinen mot Finland, 19.april 2007. Appl.no 63235/00

Bochan mot Ukraina, 3.mai 2007. Appl.no 7577/02

Crompton mot Storbritannia, 27.oktober 2009. Appl.no 42509/05

Henryk Urban og Ryszard Urban mot Polen, 30. november 2010. Appl.no 23614/08

Agrokompleks mot Ukraina, 6. oktober 2011. Appl.no 23465/03

Pohoska mot Polen, 10.januar 2012. Appl.no 33530/06

Britisk rettspraksis.

R v Sussex Justices, ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256, DC.

R v Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Bibi (Salamat) [1976] 3 All ER 843; [1976] 1 WLR 979, CA

Pepper (Inspector of Taxes) v Hart [1993] AC 593; [1993] 1 ALL ER 42, HL

Scanfuture Ltd v Secretary of State for Trade and Industry [2001] ICR 1096, [2001] IRLR 416.

Starrs v Ruxton; sub nom Starrs v Procurator Fiscal 2000 JC 208; 2000 SLT 42